

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ
SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
FACULDADE DE DIREITO

MURILO CESAR TABORDA RIBAS

OS CONTRATOS CELEBRADOS POR EMPRESAS ESTATAIS: O NOVO REGIME
DA LEI Nº 13.303/16

CURITIBA
2018

MURILO CESAR TABORDA RIBAS

OS CONTRATOS CELEBRADOS POR EMPRESAS ESTATAIS: O NOVO REGIME
DA LEI Nº 13.303/16

Monografia apresentada ao curso de Graduação em
Direito, Setor de Ciências Jurídicas, Universidade
Federal do Paraná, como requisito parcial à obtenção
do título de Bacharel em Direito do Estado.

Orientador: Prof. Dr. Egon Bockmann Moreira

CURITIBA

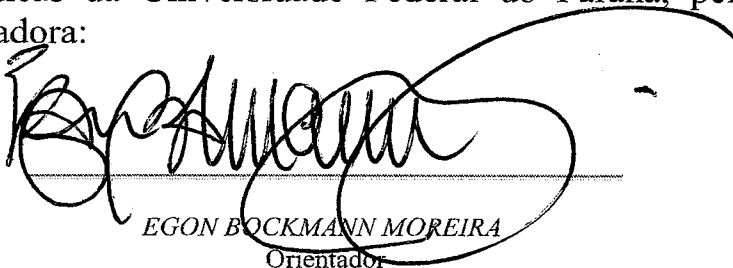
2018

TERMO DE APROVAÇÃO

MURILO CESAR TABORDA RIBAS


OS CONTRATOS CELEBRADOS POR EMPRESAS ESTATAIS: O NOVO REGIME DA LEI Nº 13.303/16

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção de Graduação no Curso de Direito, da Faculdade de Direito, Setor de Ciências jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

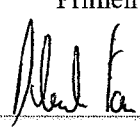


EGON BOCKMANN MOREIRA
Orientador

Coorientador



RODRIGO LUÍS KANAYAMA
Primeiro Membro



ALEXANDRE DITZEL FARACO - *Direito Público*
Segundo Membro

AGRADECIMENTOS

Chegar à conclusão da graduação em Direito na Universidade Federal do Paraná só foi possível devido a inúmeras pessoas que fizeram e fazem parte da minha sinuosa – e, por enquanto, curta – trajetória. Não poderia deixar de demonstrar às pessoas que foram fundamentais à minha vida a minha mais profunda gratidão.

Em primeiro lugar, agradeço à incrível família que tenho e que me deu suporte quando mais precisei. Ao meu pai, Almiro Cesar Taborda Ribas, que me ensinou que a desistência jamais pode ser uma opção. À minha mãe, Rosemary de Oliveira Taborda Ribas, que abriu mão de tantos sonhos para que eu cultivasse os meus. Minhas conquistas também são de vocês.

Também não posso deixar de agradecer à Marina Luiza Amari, companheira de graduação em todos os seus sentidos. Não tenho como ignorar o aprendizado de vida e o fortalecimento pessoal que tive ao seu lado. Em diversos momentos, só consegui acreditar nas minhas capacidades após suas palavras, abraços e companheirismo. Minha gratidão é imensa.

Aos diversos amigos que fiz durante a faculdade, sendo difícil mencionar todos. Pessoas como Máriam Joaquim, Lucas Cabral, João Leger, Paulo Queiroz, Leonardo Catto, Rafael Montilla, e tantos outros, fizeram minha graduação mais leve, divertida, e com a sensação de ter encontrado futuros e excelentes colegas de profissão.

Ao VGP Advogados, que permitiu meu desenvolvimento profissional e me deu a certeza sobre a vida da advocacia. Agradeço, especialmente, ao Departamento de Direito Administrativo, que me acolheu e acreditou no meu potencial. Mais do que minha simples gratidão, vocês têm minha profunda admiração pelos profissionais e pessoas que são.

A todos os meus amigos de infância do Colégio Padre João Bagozzi, parceiros de vida que me alegram e me motivam a continuar lutando. Se carrego o valor da lealdade, isso se dá por pessoas como Kim Emmanuel, Leonardo Castro, Gabriel Gusso Mazzo, Bruno Nemetz, Leonardo Vendramel, Mateus Stefan e Gustavo Radaelli.

Aos professores Egon Bockmann Moreira, Rodrigo Kanayama e Angela Cassia Costaldello, por terem auxiliado na minha paixão e entusiasmo pelo complexo mundo do Direito Administrativo.

Por fim, à vida, por tudo.

RESUMO

O presente trabalho analisa a inauguração do novo regime contratual das empresas estatais pela Lei nº 13.303/16, com o propósito de verificar se houve um efetivo afastamento em relação ao regime de prerrogativas exorbitantes e se o novo marco se mostra mais adequado às necessidades dessas entidades. No primeiro capítulo, efetuou-se uma análise sobre as concepções tradicionais dos contratos administrativos, para identificar em que medida a Lei nº 8.666/93 se mostrava insuficiente para explicar os contratos celebrados por empresas estatais. Em sequência, o trabalho buscou apresentar as possíveis incompatibilidades das prerrogativas exorbitantes com as peculiaridades jurídicas e econômicas das empresas estatais. No segundo capítulo, iniciou-se pela investigação a respeito da aplicabilidade das prerrogativas exorbitantes sobre os contratos das empresas estatais após o advento da Lei nº 13.303/16. Por fim, as principais características do regime contratual da Lei nº 13.303/16 são apresentadas, as quais demonstram uma tentativa de superação do marco legal anterior.

Palavras-chave: empresas estatais; contratos administrativos; contratos de Direito Privado.

ABSTRACT

This study analyzes the new contractual regime of Law no. 13.303/16, in order to verify if there was an effective departure from the exorbitant prerogative regime and if the new legal framework is best suitable to these entities' needs. In the first chapter, the article does an analysis about the traditional conceptions of administrative contracts to identify the insufficiency of Law no. 8.666/93 to define the state-owned companies' contracts. In sequence, the work intends to present possible incompatibilities of exorbitant prerogatives with the legal and economics state-owned companies' peculiarities. The second chapter begins with an analysis about the exorbitant prerogative applicability over state-owned companies' contracts under Law no. 13.303/16. Lastly, the study presents the contractual regime of Law no. 13.303/16 main characteristics, which demonstrate an attempt to overcome the previous legal framework.

Keywords: state-owned companies; administrative contracts; Private Law contracts.

SUMÁRIO

1	INTRODUÇÃO	8
2	A LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O REGIME JURÍDICO CONTRATUAL TRADICIONAL	11
2.1	A DIVISÃO ENTRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (ART. 58) E CONTRATOS PRIVADOS DA ADMINISTRAÇÃO (ART. 62, § 3º)	11
2.2	A INSUFICIÊNCIA DA REFERIDA DIVISÃO E DAS TENTATIVAS DE UNIFORMIZAÇÃO DO REGIME JURÍDICO CONTRATUAL PÚBLICO.....	15
2.3	A POSSÍVEL INCOMPATIBILIDADE DO REGIME DE PRERROGATIVAS DA LEI Nº 8.666/93 COM A ATUAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS	23
3	O NOVO REGIME CONTRATUAL DAS EMPRESAS ESTATAIS	32
3.1	A INAPLICABILIDADE DE CONCEPÇÕES E PRECEITOS DA LEI Nº 8.666/93 ANTE O ADVENTO DA LEI Nº 13.303/16	32
3.2	O AFASTAMENTO DAS PRERROGATIVAS EXORBITANTES E A APROXIMAÇÃO AO DIREITO PRIVADO	37
3.3	OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS EMPRESAS ESTATAIS ENQUANTO CATEGORIA CONTRATUAL AUTÔNOMA.....	45
4	CONCLUSÃO.....	48
	REFERÊNCIAS	51

1 INTRODUÇÃO

Desde o advento da Emenda Constitucional nº 19 de 1998, a Constituição Federal estabeleceu, em seu art. 173, § 1º, a necessidade de se editar de um estatuto jurídico próprio aplicável às empresas públicas e às sociedades de economia mista. O referido dispositivo previa, entre outras questões, a necessidade de regulamentação legal sobre sua “sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas” (art. 173, § 1º, I), bem como disposições referentes à “licitação e contratação” (art. 173, § 1º, II) específicas de tais entidades.

Após dezoito anos de vácuo legislativo, a Lei nº 13.303/16 foi aprovada em regulamentação à norma constitucional destacada, com direta aplicabilidade sobre empresas públicas e sociedades de economia mista da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, independentemente de sua natureza ou das atividades desempenhadas. Foi consolidado um exaustivo regramento que buscou conferir uniformidade e trazer algumas particularidades nas regras aplicáveis às empresas estatais.

Entre tais particularidades, a Lei nº 13.303/16 concebeu um marco específico aplicável aos contratos celebrados por empresas estatais, paralelo ao regime público tradicional de contratação baseado na unilateralidade e nas prerrogativas exorbitantes constantes da Lei nº 8.666/93. Tal regime era reputado como insuficiente para tratar as entidades em questão de forma adequada e eficiente¹.

Assim, dispositivos que estabelecem que os contratos das empresas estatais serão regidos “pelos preceitos de direito privado” (art. 68), e que apenas “poderão ser alterados por acordo entre as partes” (art. 72), em obediência à bilateralidade de tais avenças, denotam uma possível tentativa de alteração da sistemática contratual dessas entidades.

¹ Trata-se de visão, inclusive, constante da justificativa do Projeto de Lei do Senado nº 167/2015, um dos projetos embriões da Lei nº 13.303/16: “Em relação às empresas públicas e sociedades de economia mista que explorem atividades econômico-empresariais, é necessário conciliar o art. 37, XXI, da Constituição Federal e o art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/1993, com o art. 173, § 1º, da Carta Magna. Esses entes, embora integrantes da Administração Indireta, podem desempenhar operações de caráter econômico, vinculadas aos seus próprios objetivos. Nesse caso, importa reconhecer a dificuldade de aplicação da Lei nº 8.666/1993”. BRASIL. Congresso Nacional. Projeto de Lei nº 167/2015. Autor: Roberto Requião. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2vKGA8b>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

Nesse sentido, a análise das razões de tais alterações promovidas pela Lei nº 13.303/16 e do respectivo contexto em que estas se inserem detém especial relevância para o sistema contemporâneo de contratações públicas. Mostra-se relevante para verificação dos efeitos decorrentes da aproximação aos preceitos de direito privado e para compreender se estas inovações surgem como contrapontos a possíveis fragilidades e insuficiências do regime tradicional dos contratos administrativos.

Deste modo, o presente trabalho busca compreender o regime contratual das empresas estatais concebido pela Lei nº 13.303/16, para analisar se e em que medida houve um afastamento em relação ao regime tradicional público de contratos e as possíveis razões para tanto.

Em um primeiro momento, o trabalho realizará um enfoque sobre o regime jurídico contratual aplicável às empresas estatais anteriormente ao advento da Lei nº 13.303/16, baseado nas concepções tradicionalmente construídas e encampadas pela Lei nº 8.666/93. Neste momento, o estudo será iniciado pela análise da classificação “contratos administrativos” e “contratos privados da Administração”, para identificar se os contratos celebrados por empresas estatais eram adequada e suficientemente amparados por essas categorias.

Após, serão avaliadas as eventuais deficiências decorrentes da tentativa de aplicação uniforme e indistinta da Lei nº 8.666/93, a fim de demonstrar as possíveis incompatibilidades de seu regime exorbitante para com a natureza, as características e as necessidades das empresas estatais.

Feita essa análise inicial, em um segundo momento, o trabalho se debruçará especificamente sobre as diretrizes gerais do regime dos contratos celebrados pelas empresas estatais trazidas pela Lei nº 13.303/16. Para tanto, será feita uma breve investigação sobre a inaplicabilidade das concepções tradicionais da Lei nº 8.666/93 às empresas estatais com o advento de seu novo estatuto jurídico. Após, será realizado um foco específico sobre em que medida a Lei das Empresas Estatais buscou se afastar em relação às ditas prerrogativas exorbitantes e se há algum remanescente destas.

Por fim, serão expostas as razões pelas quais os contratos celebrados pelas empresas estatais podem ser compreendidos como uma categoria contratual autônoma no sistema de contratações públicas, com inteligência própria e individualizada.

As conclusões levantadas ao longo do trabalho serão apresentadas em formas de tópicos ao final do trabalho.

2 A LEI GERAL DE LICITAÇÕES E CONTRATOS ADMINISTRATIVOS E O REGIME JURÍDICO CONTRATUAL TRADICIONAL

Com o propósito de compreender as possíveis inovações ao regime de contratos preconizado pela Lei nº 13.303/16, mostra-se necessário tecer uma análise sobre o regime contratual público anterior e verificar as razões e justificativas para a adoção do novo modelo.

Assim, o presente capítulo busca delimitar o regime jurídico contratual da Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, com enfoque no enquadramento das empresas estatais e seus aparentes descompassos.

2.1 A DIVISÃO ENTRE CONTRATOS ADMINISTRATIVOS (ART. 58) E CONTRATOS PRIVADOS DA ADMINISTRAÇÃO (ART. 62, § 3º)

Inicialmente, por força de expressa redação legal, as empresas estatais submetiam-se à Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos, nos termos de seu art. 1º, parágrafo único². A inteligência geral desses contratos foi detalhada no art. 54 e seguintes, segmento no qual foram incorporadas construções teóricas tradicionais sobre as possíveis formas contratuais a serem adotadas pela Administração Pública³⁴, sob forte influência do modelo teórico francês⁵.

A Lei nº 8.666/93 encampou divisão tradicional de duas categorias contratos celebrados pela Administração Pública: os contratos administrativos e os contratos

² “Art. 1º. (...) Parágrafo Único. Subordinam-se ao regime desta Lei, além dos órgãos da administração direta, os fundos especiais, as autarquias, as fundações públicas, as empresas públicas, as sociedades de economia mista e demais entidades controladas direta ou indiretamente pela União, Estados, Distrito Federal e Municípios”. BRASIL. Lei Nº 8.666/93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <<https://bit.ly/2HusHDQ>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

³ GUIMARÃES, F. V. **Alteração Unilateral do Contrato Administrativo**: Interpretação de Dispositivos da Lei nº 8.666/93. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 75-76.

⁴ Não é o intuito do presente trabalho investigar a possibilidade de o poder público celebrar contratos, tendo em vista sua expressa permissão no ordenamento jurídico brasileiro. Sobre o tema: GONÇALVES, P. C. **O Contrato Administrativo**: Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo. Coimbra: Almedina, 2003, p. 12-21; GUIMARÃES, op. cit., p. 26-40.

⁵ ALMEIDA, F. D. M. de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 198 e ss.

privados da Administração⁶⁷. Tendo em vista a redação de dispositivo expresso que estendia sua aplicação às empresas estatais, cabe fazer uma breve análise da referida divisão para, após, compreender se os contratos celebrados pelas empresas estatais poderiam ser suficientemente tratados por qualquer destas espécies.

Com um tratamento legal exaustivo, os contratos administrativos são retratados como submetidos a um regime jurídico administrativo, distinto do direito comum dos contratos celebrados entre particulares. Esse regime investiria a Administração contratante de uma posição de supremacia sobre o contratante particular, exprimida por mecanismos que autorizariam a instabilização da relação jurídica⁸.

Pedro Costa Gonçalves assim sintetiza este regime jurídico:

(...) trata-se de um regime jurídico que se caracteriza por conferir à entidade pública uma posição de supremacia jurídica sobre o seu contratante: aquela entidade fica pois investida de certos poderes públicos de autoridade – as por vezes designadas “prerrogativas exorbitantes” – que desigalizam as posições em que as partes estão colocadas. No espaço em que a supremacia jurídica da Administração pode afirmar-se, a relação contratual é uma relação de poder público vs. sujeição (e não de direito vs. dever). Nesse mesmo espaço, a entidade pública é pois titular de poderes públicos que, como em regra, exerce através de actos administrativos que lhe permitem com autoridade e executividade, dirigir e fiscalizar a execução das prestações contratuais, modificar o conteúdo dessas prestações ou até impor a rescisão do contrato quando um interesse público devidamente fundamentado o exija.⁹

O elemento característico dos contratos administrativos estaria na presença de prerrogativas exorbitantes, que conferem poderes de cunho unilateral ao poder público não extensíveis às contratações privadas. De acordo com Odete Medauar, são “cláusulas derogatórias e exorbitantes do direito comum”: derogatórias, por

⁶ A divisão entre contratos administrativos e contratos privados da Administração tem suas origens em marcos teóricos anteriores à própria disseminação do fenómeno contratual no ordenamento jurídico brasileiro. Ver em: ALMEIDA, F. D. M. de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 126-127 e p. 145-146.

⁷ Entre os adeptos da divisão entre contratos administrativos e contratos privados da Administração na doutrina brasileira, destaca-se: DI PIETRO, M. S. Z. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 297-305; MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 633; GUIMARÃES, F. V. **Alteração Unilateral do Contrato Administrativo**: Interpretação de Dispositivos da Lei nº 8.666/93. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 40 e ss.

⁸ MELLO, op. cit., p. 635.

⁹ GONÇALVES, P. C. **O Contrato Administrativo**: Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo, Coimbra: Almedina, 2003, p. 33-34.

consistirem em poderes que abolem preceitos próprios do direito privado; exorbitantes, por excederem ou se desviarem de tais preceitos, de tal modo que poderiam ser consideradas abusivas, ilícitas ou incomuns em contratos privados¹⁰¹¹.

Tal regime jurídico se encontra expressamente positivado no art. 58 da Lei nº 8.666/93, responsável por consagrar as prerrogativas exorbitantes outorgadas à Administração Pública contratante:

Art. 58. O regime jurídico dos contratos administrativos instituído por esta Lei confere à Administração, em relação a eles, a prerrogativa de:
 I - modificá-los, unilateralmente, para melhor adequação às finalidades de interesse público, respeitados os direitos do contratado;
 II - rescindi-los, unilateralmente, nos casos especificados no inciso I do art. 79 desta Lei;
 III - fiscalizar-lhes a execução;
 IV - aplicar sanções motivadas pela inexecução total ou parcial do ajuste;
 V - nos casos de serviços essenciais, ocupar provisoriamente bens móveis, imóveis, pessoal e serviços vinculados ao objeto do contrato, na hipótese da necessidade de acautelar apuração administrativa de faltas contratuais pelo contratado, bem como na hipótese de rescisão do contrato administrativo.

Tendo em vista que decorrem da verificação de pressupostos extracontratuais – a autotutela administrativa detida pelo poder público contratante –, a aplicação das prerrogativas exorbitantes se encontra legitimada ainda que sem expressa previsão contratual¹². Por isso, alguns autores consignam pela impropriedade de designá-las como cláusulas, já que decorrem da imposição direta de normas jurídicas injuntivas, não se confundindo com meras disposições contratuais¹³.

Os contratos privados da Administração, por sua vez, seriam aqueles em que não há uma aplicabilidade integral do regime jurídico administrativo, mas uma regência – ao menos parcial – pelos preceitos próprios do direito privado¹⁴. Isto é, as prerrogativas exorbitantes e os poderes de cunho unilateral não seriam compatíveis,

¹⁰ MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 266.

¹¹ Sobre o tema do surgimento da teoria do contrato administrativo e seu regime jurídico exorbitante: ALMEIDA, F. D. M. de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 119-151; GUIMARÃES, F. V. **Alteração Unilateral do Contrato Administrativo**: Interpretação de Dispositivos da Lei nº 8.666/93. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 42-51. Numa perspectiva mais cética sobre a autonomia do contrato administrativo: ESTORNINHO, M. J. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003, p. 21-37.

¹² GUIMARÃES, op. cit., p. 86.

¹³ Ibidem, p. 105.

¹⁴ Nesse sentido: MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 280; DI PIETRO, M. S. Z. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 280.

em sua integralidade, com a natureza destas avenças.

Nesse sentido, os contratos privados da Administração contam com previsão legal singela no art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/93, cujo teor se transcreve:

Art. 62. [...]

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;

Apesar da aparente simplicidade na sua definição, não existe um consenso doutrinário preciso sobre a identidade e o regime jurídico dos contratos privados da Administração, dificultando a construção de uma base teórica sólida sobre esta espécie.

Para Maria Sylvia Zanella Di Pietro, por exemplo, o contrato privado da Administração seria aquele “cujo objeto apenas indiretamente ou acessoriamente diz respeito ao interesse geral”¹⁵, razão pela qual haveria uma derrogação parcial do regime jurídico público. Entretanto, ainda que a Administração Pública prescindisse da posição de supremacia, algumas cláusulas exorbitantes poderiam ser aplicadas desde que expressamente previstas e aplicadas com base na mesma lei derogatória do direito privado¹⁶.

Fernando Vernalha Guimarães, por sua vez, também consigna que a diferença entre os contratos administrativos e os contratos privados da Administração residiria no objeto do contrato e na sua respectiva vinculação ao interesse público aferido concretamente¹⁷. Porém, por possuírem objeto com ligação meramente indireta ao interesse público, incapaz de suportar influxo da ação estatal de instabilização do vínculo, “os contratos privados da Administração não estão sujeitos a tais poderes exorbitantes, porquanto esses contêm pressupostos só possíveis em sede de contrato administrativo”¹⁸.

Por fim, Marçal Justen Filho, em posição distinta, aponta que a categorização dos contratos privados da Administração não poderia se limitar “na

¹⁵ DI PIETRO, M. S. Z. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 304.

¹⁶ Ibidem, p. 302-304.

¹⁷ GUIMARÃES, F. V. **Alteração Unilateral do Contrato Administrativo**: Interpretação de Dispositivos da Lei nº 8.666/93. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 83-84.

¹⁸ Ibidem, p. 87.

natureza ou no objeto do contrato propriamente dito, mas no setor da iniciativa privada a que a contratação se relaciona”¹⁹. Ou seja, não importa o contrato isoladamente considerado, mas a atividade empresarial e as respectivas limitações econômicas circunscritas à contratação, que demonstrariam a incompatibilidade do sistema de prerrogativas²⁰.

Diante das definições doutrinárias expostas, indaga-se: em que categoria estaria enquadrado o regime jurídico dos contratos celebrados pelas empresas estatais em momento anterior à edição da Lei nº 13.303/16? Seria a qualificação em qualquer destas espécies, por si só, suficiente para contemplar o regime contratual destas entidades?

Dadas as características das empresas estatais, as quais exigem uma atuação flexível e livre de determinadas amarras públicas, bem como a imposição de paridade de regimes com as empresas privadas²¹, pareceria natural, num primeiro momento, afirmar que seus contratos estariam próximos ou contemplados nos contratos privados da Administração²².

No entanto, diversas incongruências demonstram a fragilidade da tradicional divisão encampada pela Lei nº 8.666/93, de modo que as categorias acima apresentadas não se mostram aptas e suficientes, por si só, para tratar os contratos celebrados por empresas estatais de modo adequado. Pelo contrário: o marco legal anterior trazia, potencialmente, um modelo inadequado e ineficiente a estas entidades.

2.2 A INSUFICIÊNCIA DA REFERIDA DIVISÃO E DAS TENTATIVAS DE UNIFORMIZAÇÃO DO REGIME JURÍDICO CONTRATUAL PÚBLICO

A estanque divisão entre contratos administrativos e contratos privados da Administração, em que pese ser teorização há muito consolidada pela doutrina do Direito Administrativo, não leva em consideração a dinâmica vigente da Administração Pública contratante contemporânea – ou, quando menos, não se

¹⁹ JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 586.

²⁰ Idem.

²¹ Questão que será melhor abordada no subitem 2.3 adiante.

²² Esta é, por exemplo, a posição de Fernando Vernalha Guimarães. Cf.: GUIMARÃES, F. V. **Parceria Público-Privada**. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 44.

mostra mais compatível com esta realidade.

A primeira fragilidade consiste no descolamento da distinção em relação à aproximação operada entre o Direito Público e o Direito Privado e a crescente complexidade da atividade administrativa, fenômenos que põem em xeque a submissão da Administração Pública a um regime jurídico único, fixo e uniforme pressuposto pela divisão.

Inicialmente, o Direito Público, e em especial, o Direito Administrativo, teve seu surgimento construído a partir de um regime peculiar em comparação ao Direito Privado, com base numa sistemática de poderes extroversos²³. Enquanto o Direito Privado teria sua base na construção liberal da igualdade, demarcado pela bilateralidade e pela autonomia da vontade, o Direito Administrativo teria se construído pela premissa da desigualdade, com fulcro na supremacia da autoridade estatal sobre os indivíduos da sociedade²⁴.

Tais premissas têm suas raízes construídas no século XIX, contexto em que as atividades empreendidas pelo Estado eram restritas e enxutas, o que se refletiu diretamente sobre as poucas normas existentes à época. Este cenário de Estado e Administração Pública diminutos facilitava a tentativa de conferir coerência, harmonia e unidade à disciplina normativa vigente, dada a própria singeleza e inexistência de intercomunicação com outras áreas do direito²⁵.

Com o surgimento de um Estado que passa a assumir cada vez mais funções e com o aumento exponencial das atividades públicas empreendidas, houve uma acelerada fragmentação do direito e uma pulverização das normativas aplicáveis às também crescentes atividades administrativas. A estanque divisão entre Direito Público e Direito Privado, que pressupunha uma concepção de separação e incomunicabilidade entre Estado e sociedade, passa a se mostrar incompatível com a realidade vigente, conforme destaca Floriano Marques de

²³ ALMEIDA, F. D. M. de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 109-110.

²⁴ MARQUES NETO, F. P. de A. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 73.

²⁵ SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo Para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 161.

Azevedo Neto²⁶.

Aos poucos, a dicotomia público/privado tem seus limites profundamente embaraçados pela assunção do Estado de funções em âmbitos que antes lhe eram proscritos²⁷ e pelo fato de particulares também assumirem funções até então exclusivas do Poder Público²⁸. Esse fenômeno se acelera, ainda, pela sobrecarga e ineficiência da Administração em conduzir as mais variadas funções, passando a se utilizar das técnicas próprias do Direito Privado como tábua de salvação, conforme denota Maria João Estorninho²⁹.

Há, pois, um duplo movimento responsável por flexibilizar as fronteiras entre o Direito Público e o Direito Privado: uma aproximação crescente do Direito Privado com o caráter funcional – aspecto central para o Direito Administrativo –, e uma fuga do Direito Público à utilização de instrumentos próprios do Direito Privado. Criam-se situações de miscelânea que apontam para uma possível falta de homogeneidade no direito aplicável à Administração Pública³⁰.

Nessa lógica, a acelerada fragmentação do Direito Administrativo é inconciliável com a concepção de um regime jurídico único, fixo e estável, diante do dinamismo que informa a realidade³¹. Com um Direito Administrativo contemporâneo

²⁶ Sem aqui pretender simplificar a construção teórica do autor, Floriano Marques de Azevedo Neto demonstra que o Direito Administrativo Moderno é concebido, inicialmente, numa racionalidade de resguardar o indivíduo de ingerências estatais, possuindo uma dependência genética com a dicotomia público/privado. Ademais, o Estado estaria investido de prerrogativas para o alcance e definição unilateral do interesse público, de caráter uno, indivisível e monolítico. Com o fim do típico Estado Liberal monoclassee e com a multiplicação e complexificação da Administração, a concepção de Estado Moderno e a unilateralidade que lhe é típica é desafiada com um ciclo de globalização econômica e fragmentação social. Nesse novo contexto, o Estado se vê forçado a reinventar suas formas de atuação para compor os múltiplos e heterogêneos interesses constantes da sociedade – entre tais formas, destaca-se o uso do direito privado e a fragilização da dicotomia. Aprofundar em: MARQUES NETO, F. P. de A. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 56-170.

²⁷ Ibidem, p. 134. No mesmo sentido: GUIMARÃES, B. S. **O Exercício da Função Administrativa e o Direito Privado**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 37.

²⁸ MARQUES NETO, op. cit., p. 135-136.

²⁹ “O alargamento desmesurado da actividade administrativa de prestação conduziu à sobrecarga e ineficiência da Administração Pública e, assim, tal como o naufrago procura, a todo o custo, agarrar-se à tábua de salvação, a Administração Pública procura hoje desesperadamente reencontrar a eficiência, nomeadamente através de fenómenos de privatização e de revalorização da sociedade civil” ESTORNINHO, M. J. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009, p. 47-48.

³⁰ ALMEIDA, F. D. M. de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 111-112.

³¹ SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo Para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 162. No mesmo sentido: SCHIRATO, V. R. Contratos administrativos e contratos da Administração Pública: pertinência da diferenciação? **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013, p. 179-182.

dinâmico – o qual compreende desde a atividade de imposição de sanções a agentes administrativos até a coordenação das atividades públicas e privadas na economia³² –, torna-se “cada vez mais difícil – e até mesmo impossível – encaixar as ações da Administração Pública dentro de um regime jurídico único”³³. O que há, portanto, é uma gama de atividades completamente diversificadas, as quais contemplam e exigem regimes jurídicos bastante diversos³⁴.

Estas reflexões tem relevância especial no que concerne aos contratos da Administração Pública, tendo em vista que a multiplicidade de regimes se mostra ainda mais presente. Uma redução da atividade contratual pública às categorias de contratos administrativos e contratos privados da Administração, como se cada qual desencadeasse a incidência de um regime jurídico uniforme e apriorístico, desconsidera a multiplicidade do próprio direito positivo brasileiro, que não se resume à Lei nº 8.666/93.

Incontáveis são as experiências inseridas pelo legislador que demonstram a multiplicidade de regimes contratuais públicos: os contratos de concessão de serviço público sob a forma da Lei nº 8.987/95; as parcerias público-privadas sob a forma da Lei nº 11.079/04; os contratos de consórcio e de programa previstos na Lei nº 11.107/05; e inúmeros outros exemplos. E cada um destes regimes legais, ainda que detenha uma inteligência geral própria, possui variações e modulações internas³⁵.

Deste modo, a qualificação de determinados contratos – como aqueles celebrados pelas empresas estatais – como contratos administrativos ou contratos privados da Administração, por si só, teria pouca utilidade. Isso porque essa divisão presume a incidência de um regime jurídico único e apriorístico, prefixado sem qualquer preocupação com a realidade que circunscreve o contrato no caso

³² SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo Para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2014, p. 154.

³³ SCHIRATO, V. R. Contratos administrativos e contratos da Administração Pública: pertinência da diferenciação? **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013, p. 181.

³⁴ É evidente que há um núcleo conceitual básico do direito administrativo, com institutos que lhes são próprios; mas, como bem assinala Carlos Ari Sundfeld, “a existência desse núcleo teórico comum não basta para afirmar o caráter sistemático e unitário do direito administrativo, tampouco a existência de algo que se possa considerar como um regime jurídico-administrativo”. SUNDFELD, op. cit., p. 167.

³⁵ SUNDFELD, C. A.; CÂMARA, J. A. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, jan./mar. 2013. No mesmo sentido: ALMEIDA, F. D. M. D. de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 71.

concreto.

Para que a questão fique mais clara, é necessário relembrar que o contrato tem como vetor revestir e orientar normativamente operações econômicas³⁶. Uma vez que essas operações podem ter as mais diversas configurações concretas – quando não infinitas – a adoção de um regime jurídico único e fixo seria postura incompatível com sua finalidade. Ora, se o contrato é uma forma jurídica direcionada ao alcance de eficiência alocativa dos recursos ali dispostos, é imprescindível que sua conformação seja modulada ao caso concreto, não se mostrando eficiente a presunção de um regime legal preestabelecido.

Nesse sentido, destaca-se importante reflexão de Vitor Rhein Schirato sobre o tema:

Ocorre contudo, que a gama de temas que podem ser objeto de contrato é quase infinita, de forma que seja impossível encontrar um regime jurídico único para os contratos de todas as espécies. A própria legislação civil prevê regimes jurídicos distintos para contratos distintos. Apenas há um enfeixamento de normas comuns a todos os contratos, que são as relativas a limitações de conteúdo (proibição de pactuação sobre matérias ilícitas, indetermináveis ou impossíveis) e as regras mínimas de capacidade dos agentes. Todavia, cada contrato deverá ter um regramento jurídico compatível com seu objeto.

Como operação econômica que é, essa regra não poderia ser diferente, pois o direito deve procurar encontrar o mecanismo mais eficiente possível para reger uma determinada operação econômica, para permitir a circulação mais eficiente das riquezas.³⁷

Ocorre que a “maldição do regime único”³⁸ não é apenas fruto de construções doutrinárias, mas também foi encampada pelo próprio legislador brasileiro. Eloquentemente consiste na problemática e ineficiente disposição do art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93, que, a partir de um critério subjetivo, tenta consolidar um regime jurídico contratual uniforme para todas as entidades da Administração Pública sem considerar as peculiaridades jurídicas e econômicas que as diferenciam³⁹. Tal uniformização pode ser especialmente prejudicial às empresas

³⁶ ROPPO, E. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988, p. 23-24.

³⁷ SCHIRATO, V. R. Contratos administrativos e contratos da Administração Pública: pertinência da diferenciação? **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, set. 2012/fev. 2013, p. 183.

³⁸ Expressão tomada por empréstimo de Floriano Marques de Azevedo Neto. MARQUES NETO, F. P. de A. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. **Revista do Advogado**, Ano XXIX, n. 107. São Paulo: Associação dos Advogados de São Paulo, 2009, p. 77.

³⁹ SCHIRATO, op. cit., p. 184.

estatais, as quais demandam uma atuação flexível, eficiente e diferenciada em relação às pessoas jurídicas de direito público.

Logo, vê-se que a divisão entre contratos administrativos e contratos privados da Administração não se mostra suficiente ante a complexidade do Direito Administrativo contemporâneo e a impossibilidade de se presumir um regime jurídico enfeixado aos contratos. Por consequência, as categorias não se mostram como instrumentos que, por si só, auxiliariam a enquadrar os contratos celebrados pelas empresas estatais num momento inicial.

Agregado ao exposto, a distinção também não se sustenta diante da própria redação da Lei nº 8.666/93, a qual, até o advento da Lei nº 13.303/16, era o único diploma normativo que previa expressamente a figura dos contratos regidos pelo Direito Privado. Para elucidar, destaca-se, novamente, o teor do art. 62, § 3º, I:

Art. 62. (...)

§ 3º Aplica-se o disposto nos arts. 55 e 58 a 61 desta Lei e demais normas gerais, no que couber:

I - aos contratos de seguro, de financiamento, de locação em que o Poder Público seja locatário, e aos demais cujo conteúdo seja regido, predominantemente, por norma de direito privado;⁴⁰

Há duas dificuldades geradas pelo dispositivo que explicam a própria falta de consenso doutrinário para definir e identificar os contratos privados da Administração.

Em primeiro lugar, percebe-se que o dispositivo considera a existência de contratos regidos predominantemente pelo Direito Privado como um dado apriorístico no ordenamento jurídico, inexistindo à Administração Pública margem de escolha. Isto é, a Administração Pública teria opção apenas na escolha do objeto a ser contratado: eleito o objeto contratual, a incidência dos preceitos do Direito Público ou do Direito Privado seria mera consequência⁴¹. A redação, tal como posta,

⁴⁰ BRASIL. Lei Nº 8.666/93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <<https://bit.ly/2HusHDQ>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

⁴¹ ALMEIDA, F. D. M. de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 227-228. Marçal Justen Filho chama a atenção do entendimento dominante de impossibilidade de a Administração Pública escolher o regime aplicável: “No Brasil, vigora entendimento tradicional no sentido de que a Administração Pública não dispõe de autonomia para escolher o regime jurídico aplicável à contratação administrativa”. JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 587.

não fornece limites seguros e estáveis sobre quais seriam esses objetos que naturalmente sofrem influxo dos preceitos de Direito Privado⁴².

A segunda infelicidade incorrida pelo legislador, por sua vez, diz respeito à previsão de que aos contratos privados da Administração se aplicaria, “no que couber”, o disposto art. 58 da Lei nº 8.666/93, artigo cuja redação trata justamente do regime jurídico exorbitante.

Ora, se os contratos privados da Administração se caracterizam, em tese, pela incompatibilidade com o dito regime jurídico administrativo, a disposição legal que os submetem à aplicabilidade de prerrogativas exorbitantes desnatura a própria essência que peculiariza esta espécie contratual. Assim ressalta Fernando Dias Menezes de Almeida:

Ora, aplicar ainda que seja no que couber, regras de um regime de prerrogativas especiais da Administração a contratos que se pretende regidos predominantemente pelo Direito privado, é uma proposição que encerra contradição em seus próprios termos: ou bem não caberá em nenhum aspecto, ou bem não predominará o Direito privado⁴³.

Assim, a distinção entre contratos administrativos e contratos privados da Administração tem suas fronteiras mitigadas pela própria opção política do legislador brasileiro, o qual ampliou a aplicação de prerrogativas aos ditos contratos privados⁴⁴. Trata-se de resultado da nebulosa redação do art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/93,

⁴² Os contratos abrangidos pela Lei nº 8.666/93 são aqueles, nas palavras de Fernando Dias Menezes de Almeida, por meio dos quais “a Administração busca suprir suas necessidades mais corriqueiras, comuns a todas as pessoas na gestão de suas vidas privadas ou empresariais”. ALMEIDA, F. D. M. de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 215. Nada impediria, pois, sua pactuação pela Administração Pública nos moldes privados. Porém, esta visão não se mostra compatível com o entendimento dominante de impossibilidade de escolha do regime aplicável.

⁴³ Ibidem, p. 227-228.

⁴⁴ Mesmo defendendo a existência de distinções entre contratos administrativos e contratos privados, Fernando Vernalha Guimarães reconhece que o dispositivo gera relativização na divisão teórica construída. Cf.: GUIMARÃES, F. V. **Alteração Unilateral do Contrato Administrativo: Interpretação de Dispositivos da Lei nº 8.666/93**. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 82. Outros autores, como Odete Medauar, Maria Sylvia Zanella Di Pietro e Fernando Dias Menezes de Almeida, assinalam uma inequívoca extensão do regime publicístico feita pelo legislador. Cf.: MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 280; DI PIETRO, M. S. Z. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 306; ALMEIDA, op. cit., p. 231.

cujo teor e significado é objeto de ampla divergência doutrinária⁴⁵ e de escassa jurisprudência dos tribunais superiores⁴⁶, carecendo de parâmetros e critérios seguros sobre o regime básico aplicável a cada espécie.

Com isso, caracterizar os contratos celebrados pelas empresas estatais como contratos privados da Administração, a partir de uma leitura do disposto no art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/93, também pouco diria sobre seu regime de execução contratual. Em quaisquer dos casos, poderão incidir, em maior ou em menor medida, as prerrogativas exorbitantes supostamente exclusivas dos contratos administrativos.

Percebe-se, pois, que as disposições da Lei nº 8.666/93 potencialmente estendem o mesmo regime jurídico contratual das pessoas jurídicas de direito público – demarcado pelas prerrogativas exorbitantes – às empresas estatais, independentemente de sua configuração, finalidade ou atividade.

Entretanto, essa potencial atração das prerrogativas aos contratos das empresas estatais – em alguma medida, ocasionada pela própria redação da Lei nº 8.666/93 – não considera as aparentes incompatibilidades com a natureza jurídica e com a atuação eficiente que tais entidades buscam alcançar.

⁴⁵ Parcela da doutrina tenta retirar algum significado do art. 62, § 3º, I, da Lei nº 8.666/93 para sustentar a divisão apresentada. José dos Santos Carvalho Filho, apesar de afirmar que “o legislador praticamente acabou com os contratos privados da Administração”, consigna que os princípios típicos de direito público seriam aplicáveis a estes contratos apenas se expressamente previstos. Cf.: CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 184. No mesmo sentido: DI PIETRO, M. S. Z. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015, p. 304. Marçal Justen Filho, por sua vez, afirma que os limites da aplicabilidade de prerrogativas exorbitantes sobre os contratos privados seriam de ordem jurídica e econômica. JUSTEN FILHO, M. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p. 587. Sem adentrar ao mérito sobre a assertividade de cada uma destas teorias, o que se busca ressaltar é a ausência de um posicionamento pacífico, gerando insegurança quanto ao limite de aplicação das prerrogativas exorbitantes em contratos com entes públicos em seus polos.

⁴⁶ Os próprios julgados que abordam a divisão entre categorias de contratos não são capazes de tratar o tema com clareza. No Recurso Ordinário em Mandado de Segurança 32.263/RJ, de relatoria do Min. Herman Benjamin, em julgamento realizado em 2012 sobre contrato de prestação de serviços bancários, o STJ entendeu se tratar de contrato de Direito Privado da Administração, “embora lhe seja natural a incidência de algumas normas derogadoras do direito comum, que se manifestam pelas denominadas cláusulas exorbitantes” – sem entrar em detalhes sobre quais seriam estas incidentes em específico.

2.3 A POSSÍVEL INCOMPATIBILIDADE DO REGIME DE PRERROGATIVAS DA LEI Nº 8.666/93 COM A ATUAÇÃO DAS EMPRESAS ESTATAIS

Inicialmente, as empresas estatais foram concebidas como um instrumento à disposição do Estado para atuação direta na economia. Nesta atuação, o Estado consiste num agente econômico interno ao mercado, operando tal como empresas privadas e em concorrência com estas⁴⁷. Para possibilitar a sobrevivência destas entidades no ambiente econômico, contudo, foi necessário o afastamento das amarras do regime de Direito Público – óbices à agilidade exigida pelo mercado – e a aproximação à natureza jurídica das empresas privadas, com maior flexibilidade⁴⁸.

Com isso, a estrutura empresarial – que, até então, era exclusiva dos agentes econômicos privados – passou a ser absorvida pela organização da Administração Pública e empregada em atividades investidas ao Estado que com ela fossem condizentes⁴⁹. O Estado permanece atendendo finalidades eminentemente públicas, desde que se submetendo ao regime jurídico das empresas privadas⁵⁰.

O ordenamento jurídico brasileiro prevê esta paridade de regimes entre empresas estatais e privadas no art. 173 da Constituição Federal⁵¹, vinculação normativa imposta à Administração Pública quando pretender atuar em concorrência com demais agentes econômicos. Nestes casos, para que a atuação do Estado seja

⁴⁷ ARAGÃO, A. S. de. **Empresas Estatais: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. São Paulo: Forense, 2017, p. 59.

⁴⁸ SCHWIND, R. W. **O Estado Acionista: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal**. São Paulo: Almedina, 2017, p. 57.

⁴⁹ SCHIRATO, V. R. **As Empresas Estatais no Direito Administrativo Econômico Atual**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 44.

⁵⁰ “Nada obstante, a constituição de empresas estatais, como se advertiu na introdução desta obra, é e sempre foi um meio para o alcance de determinadas finalidades consideradas necessárias pelo Estado, conforme o entendimento acerca das funções de Estados vigentes em um dado contexto histórico. Vale dizer, independentemente da causa, a finalidade da constituição de uma empresa estatal será sempre uma finalidade considerada pública”. Ibidem, p. 24.

⁵¹ “Art. 173. (...). § 1º A lei estabelecerá o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias que explorem atividade econômica de produção ou comercialização de bens ou de prestação de serviços, dispondo sobre: (...) II - a sujeição ao regime jurídico próprio das empresas privadas, inclusive quanto aos direitos e obrigações civis, comerciais, trabalhistas e tributários”.

legítima, deverá, necessariamente, utilizar-se da roupagem da empresa estatal⁵².

Nesta senda, a paridade de regimes servirá tanto para resguardar os agentes econômicos de concorrerem com entes investidos de prerrogativas não extensíveis ao setor privado, quanto para evitar que o Estado adote um regime jurídico mais rígido e ineficiente às empresas estatais, as quais demandam flexibilidade para sobreviverem num cenário de alta volatilidade. Assim destaca Alexandre Aragão:

Mesmo que o objetivo precípua do art. 173 possa ter sido o de evitar a concorrência desleal do Estado com as empresas privadas, não foi ele o único: a partir do momento em que o Estado, por razões de relevante interesse coletivo decide, por lei, atuar em determinado setor econômico, também franqueado à iniciativa privada, deve possuir os instrumentos de eficiência necessários para poder atuar eficazmente, não sendo admissível que o ordenamento jurídico lhe dê a missão de atuar no mercado, o que pressupõe a agilidade e a agressividade inerentes às atividades econômicas concorrenciais, e lhe retire os meios, impondo-lhe uma série de estorvos não presentes nas suas concorrentes privadas⁵³.

É nesse sentido que se vislumbra uma possível incompatibilidade de se estender a aplicação de prerrogativas exorbitantes típicas do contrato administrativo aos contratos celebrados por empresas estatais competitivas. Se o art. 173 da Constituição Federal prevê a paridade de regimes “inclusive quanto aos direitos e obrigações civis” e “comerciais”, como se falar na aplicação indiscriminada de poderes contratuais que, por definição, exorbitam ao regime jurídico das empresas privadas?

Se a paridade de regimes exige que o Estado necessariamente se utilize de instrumentos com natureza jurídica próxima àqueles empregados pelas empresas privadas no exercício de suas atividades, de forma distinta não poderia ocorrer com o regime aplicável ao contrato, instrumento por excelência destinado à conformação

⁵² “Em outras palavras: não há um regime próprio da função administrativa, em termos da aplicação de um regime público, reservado à atuação da Administração. Reserva só há no que toca ao relacionamento em termos de direito privado para a atuação da Administração empresarial. Apenas neste caso a Constituição estabeleceu de modo vinculante a adoção de um regime que deve necessariamente ser utilizado pela Administração Pública” GUIMARÃES, B. S. **O Exercício da Função Administrativa e o Direito Privado**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 120. No mesmo sentido: ARAGÃO, A. S. de. **Empresas Estatais: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. São Paulo: Forense, 2017, p. 78; SCHIRATO, V. R. **As Empresas Estatais no Direito Administrativo Econômico Atual**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 182.

⁵³ ARAGÃO, op. cit., p. 115.

das operações econômicas empresariais⁵⁴.

É verdade que a paridade de regimes não implica a adoção de um Direito Privado pelas empresas estatais puro e idêntico àquele aplicável aos particulares, mas um regime jurídico híbrido decorrente da junção de elementos públicos e privados⁵⁵. Também não se pretende abandonar a premissa de que a empresa estatal permanece alvo de determinadas regras de Direito Público. No entanto, essas conclusões não autorizam reputar como adequada a extensão do regime próprio das pessoas jurídicas de direito público às empresas estatais – tal como a pretendida pelo art. 1º, parágrafo único, da Lei nº 8.666/93 com o regime contratual –, sob pena de ocasionar uma indevida *autarquização* das empresas estatais⁵⁶.

Essas mesmas observações também se aplicam às empresas estatais que prestam serviços públicos em competição com empresas privadas. Isso porque, ainda que a Constituição possibilite ao legislador delimitar a prestação de serviços públicos em configuração menos ou mais concorrencial⁵⁷, a partir do momento em que o Estado opta politicamente por um modelo competitivo e faz uso de empresas estatais ao lado de empresas privadas, o uso de prerrogativas não se mostraria consentâneo com um ambiente competitivo.

Nesse mesmo sentido, em que pese a visão tradicional se apegar à estanque separação entre atividade econômicas e serviços públicos para aplicar a

⁵⁴ “O empresário lança mão de inúmeras obrigações, operando no sistema de constituição de negócios jurídicos indispensáveis à prática econômica. Negócios que são identificáveis na escolha e aquisição da matéria-prima, na escolha e contratação de empregados e prestadores de serviço, na escolha dos parceiros e no transpasse dos produtos e serviços aos consumidores. Na instrumentalização destes negócios despontam os contratos, especialmente aqueles relacionados à vinculação dos empresários entre si, seja na compra e venda de insumos ou no estabelecimento de uma parceria”. RIBEIRO, M. C. P.; GALESKI JUNIOR, I. **Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresariais e análise econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 25.

⁵⁵ ARAGÃO, A. S. de. **Empresas Estatais: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. São Paulo: Forense, 2017, p. 24.

⁵⁶ SILVA, R. C. Z. da. A Captura das Estatais pelo Regime Jurídico de Direito Público: algumas reflexões. In: ARAGÃO, A. S. de (Coord.). **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 261. Alfredo de Almeida Paiva, já compartilhava desta visão em artigo da década de 60: “Por outro lado, a estrutura de direito privado resulta na adoção da forma societária que o Estado tomou de empréstimo àquele ramo do direito, geralmente a sociedade anônima, decorrendo igualmente de tal circunstância sua submissão às normas do direito privado, particularmente quanto as suas relações com terceiros, inclusive empregados”. PAIVA, A. de A. As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 60, abr. 1960, p. 7.

⁵⁷ Cf.: MOREIRA, E. B. Autorizações e contratos de serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, jul./set. 2010, p. 63-69. No mesmo sentido: ARAGÃO, A. S. de. **Empresas Estatais: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. São Paulo: Forense, 2017, p. 109-110.

esta segunda categoria um regime de prerrogativas especiais, o fato é que a distinção tornou-se turva após ampla liberalização ocorrida na década de 90⁵⁸. Os serviços públicos passam a ser cada vez mais inseridos numa lógica de mercado⁵⁹, incompatível com uma mentalidade de privilégios e que exige paridade de tratamento com as empresas privadas⁶⁰.

Por consequência, conforme consigna Alexandre Santos de Aragão, as atividades exploradas pelas empresas estatais em concorrência com as privadas não devem ser demarcadas por prerrogativas exorbitantes: estas “devem ficar restritas às atividades que exerça sem a possibilidade de existência de concorrentes privados”⁶¹.

Porém, mesmo nestes casos, a adoção de prerrogativas também deve ser feita com cautela.

Ao constituir uma empresa estatal para exercer monopólio ou serviço público sob exclusividade⁶², ou, ainda, para exercer funções tipicamente regulatórias⁶³, a adoção de regime jurídico tendencialmente privado não se dá com base na paridade

⁵⁸ SCHWIND, R. W. **O Estado Acionista**: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal. São Paulo: Almedina, 2017, p. 77-78. Sobre o tema, aprofundar em: JUSTEN FILHO, M. Empresas Estatais e a Superação da Dicotomia “Prestação de Serviço Público/Exploração de Atividade Econômica. In: FIGUEIREDO, M; PONTES FILHO, Valmir (Org.). **Estudos de Direito Público em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 403-423; SCHIRATO, V. R. **A Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012, 355p.

⁵⁹ Exemplo consiste em manchete sobre leilão de energia de valor total de R\$ 4,3 bilhões, no qual participaram, de forma competitiva, empresas estatais e privadas: Leilão de energia A-4 tem deságios altos e contrata 228,7 MW médios. **Valor Econômico**. Disponível em: <<https://bit.ly/2OOHEkb>>. Acesso em 20 jul. 2018.

⁶⁰ O STF já adotou posicionamento semelhante ao que ora se defende, consignando a inaplicabilidade das típicas prerrogativas públicas a empresa estatal prestadora de serviço público em regime de concorrência: “Os privilégios da Fazenda Pública são inextensíveis às sociedades de economia mista que executam atividades em regime de concorrência ou que tenham como objetivo distribuir lucros aos seus acionistas” BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 599.628/DF, Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A - Eletronorte x Sondotécnica Engenharia de Solos S/A. Rel.: Min. Ayres Britto, Brasília, 25 mai. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**: 17 out. 2011.

⁶¹ ARAGÃO, A. S. de. **Empresas Estatais**: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. São Paulo: Forense, 2017, p. 115.

⁶² Exemplo da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT – na manutenção de serviços postais.

⁶³ Exemplo da Empresa de Planejamento e Logística S.A – EPL. Sobre o fenômeno de utilização das empresas estatais enquanto instrumento regulatório, aprofundar em: MOREIRA, E. B. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013; SILVA, L. A. da. Um estado empresário-regulador? Poder econômico, parcerias e competências regulatórias das empresas estatais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 147-169, jan./mar. 2018.

imposta pelo art. 173 da Constituição Federal, justamente por inexistir concorrência nesse segmento. Porém, o Poder Público permanece vinculado ao Direito Privado por sua própria opção: dado que poderia ter incumbido essas atividades a órgãos da Administração Direta ou a autarquias e optou voluntariamente pela constituição de pessoa jurídica de direito privado para tanto, será este o regime tendencialmente aplicado em sua estrutura, funcionamento e contratos⁶⁴⁶⁵.

Presumir a incidência de prerrogativas públicas a partir da atividade prestada se mostra não somente incompatível, como prejudicial à própria eficiência buscada pelo Poder Público na aproximação ao Direito Privado. Como explica Luiz Augusto da Silva, a adoção da roupagem empresarial se mostra como uma técnica sofisticada do Estado “para fugir das amarras características do regime de Direito Público”⁶⁶, e que deve ser integralmente mantida.

Assim, a atração de prerrogativas exorbitantes aos contratos celebrados por empresas estatais demonstra, no mínimo, descompasso com o regime jurídico tendencialmente privado, quer pela exigência constitucional de paridade em ambiente concorrencial, quer pela opção do Poder Público em se utilizar da roupagem privada. Em ambos os casos, as empresas estatais devem adotar o regime contratual tendencialmente privado em razão da eficiência buscada pelo Estado no desempenho de suas atividades.

A ineficiência, aliás, parece se constituir em outro efeito gerado pelo emprego de prerrogativas inconciliável com os contratos das empresas estatais.

Como se sabe, o arranjo contratual se mostra relevante para trazer estabilidade e previsibilidade à operação econômica concreta. Para tanto, importa não somente a completude da redação contratual, como a alocação dos poderes

⁶⁴ ARAGÃO, A. S. de. **Empresas Estatais**: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. São Paulo: Forense, 2017, p. 117; FIDALGO, C. B. Notas sobre a ineficiência das empresas estatais e suas causas. In: ARAGÃO, A. S. de (Coord.). **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**, Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 170.

⁶⁵ Essa foi a posição adotada pelo Min. Sepúlveda Pertence em voto vencido sobre a extensão do regime de precatórios à ECT: “Quanto às últimas – este o ponto -, não obstante as reconheça que a sua atividade-fim – prestação de serviço público – redunde no maior influxo de Direito Público, é preciso não perder de vista que constituem, por opção do Estado, pessoas jurídicas de direito privado”. BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 229.696/PE, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos x Edgar Henrique da Silva. Rel.: Min. Ilmar Galvão, Brasília, 16 nov. 2000. **Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**: 19 dez. 2002.

⁶⁶ SILVA, L. A. da. Um estado empresário-regulador? Poder econômico, parcerias e competências regulatórias das empresas estatais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, jan./mar. 2018, p. 165.

para cumprimento e fiscalização das obrigações⁶⁷.

A partir do momento em que os poderes dirigentes do contrato são mormente outorgados à parte pública, sem uma delimitação pormenorizada de sua amplitude e de sua forma de aplicação, a previsibilidade contratual é potencialmente abalada. Com a ausência de quando, como e em que medida tais prerrogativas serão exercidas, a desconfiança é praticamente naturalizada ao contratante privado⁶⁸.

Devido a isso, parte da doutrina vem destacando que o uso indiscriminado de prerrogativas exorbitantes acarreta acréscimo nos custos transacionais dos contratos da Administração Pública⁶⁹, o que demonstra especial desarmonia com a eficiência subjacente à figura da empresa estatal.

Exemplo do que se comenta consiste na prerrogativa outorgada à Administração Pública de alterar unilateralmente o contrato, nos termos do art. 65, I, da Lei nº 8.666/93⁷⁰. Em sendo reconhecido este poder em todos os contratos que celebra, sem a existência de parâmetros objetivos de controle, praticamente inexiste ao administrador incentivo para planejamento de suas contratações. E, como bem assinala Marcos Augusto Perez, o planejamento atrai a estabilidade contratual, a qual “favorece a economicidade das contratações, com proveitos econômico-financeiros para todos envolvidos, (...) e a plena realização dos objetivos contratuais”⁷¹.

⁶⁷ Oliver Hart destaca que os contratos são incompletos em alguma medida, e, por isso, a divisão dos poderes dispostos pelas partes se mostra relevante em sua condução. Cf.: HART, O. **Firms, Contracts and Financial Structure**. Oxford: Oxford University Press Inc., 1995, p. 4-5 e p. 26-27.

⁶⁸ “A desconfiança é inerente à ideia de que Administração tenha, por força de lei e independentemente do prévio consentimento das partes, prerrogativas de ação unilateral que operem em sentido contrário do respeito ao que consensualmente foi estabelecido numa relação contratual. Ou seja, ainda que a outra parte contratante saiba – por não ignorar o que dispõe a lei – que tais prerrogativas assistem à Administração, isso não significa que se estabeleça uma situação de confiança. Pelo contrário, é a institucionalização da desconfiança” Cf.: ALMEIDA, F. D. M. de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 324

⁶⁹ Ibidem, p. 330-331. No mesmo sentido: MOREIRA NETO, D. de F. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, A. S. de; MARQUES NETO, F. P. de A. (Coords.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 582.

⁷⁰ Exemplo tomado por empréstimo de Rafael Vêras de Freitas. Cf.: FREITAS, R. V. de. O que a análise econômica tem a ver com os contratos administrativos? **Direito do Estado**. Disponível em: <<https://bit.ly/2LUvyYS>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

⁷¹ “Na verdade, nem era preciso ir tão longe para se depreender que a estabilidade contratual (...) favorece a economicidade das contratações, com proveitos econômico-financeiros para todos envolvidos (...) e a plena realização dos objetivos contratuais”. PEREZ, M. A. **O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 138.

Logo, em que pese aparentar numa suposta vantagem de atuação para as empresas estatais, a possibilidade de incidirem prerrogativas exorbitantes em seus contratos, na verdade, estimula ineficiência e repele oportunidades de negócio⁷². Os agentes econômicos privados dificilmente se sentirão atraídos de operar com estas entidades, que demandam contratos flexíveis e eficientes independentemente do objeto contratado. Não importa se relacionados diretamente ao objeto social da estatal ou se consistem em mero instrumental: para sobreviver no mercado, os contratos celebrados pelas estatais devem ser, em alguma medida, semelhantes aos das empresas privadas.

As destacadas inconsistências levaram parcela de juristas a defenderem a inaplicabilidade dos preceitos da Lei nº 8.666/93 – como as prerrogativas exorbitantes – aos contratos celebrados por estas entidades, que não poderiam ser equiparadas às autarquias e demais pessoas jurídicas de direito público. Porém, tal como na controvérsia relativa aos contratos privados da Administração, não foi

⁷² “Além disso, a extensão de prerrogativas pode acarretar apenas uma falsa vantagem de performance para as estatais, uma vez que são conhecidos os custos de transação que naturalmente acompanham o regime jurídico de Direito Público. É de se imaginar, portanto, que a captura das estatais pelo regime de Direito Público estimule condutas defensivas por parte dos agentes econômicos, dificultando que as sociedades integrantes da Administração indireta obtenham, por exemplo, financiamentos e empréstimos, além de sofrerem com contratações acima dos valores de mercado” SILVA, R. C. Z. da. A Captura das Estatais pelo Regime Jurídico de Direito Público: algumas reflexões. In: ARAGÃO, A. S. de (Coord.). **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 258

possível observar suficientes convergências doutrinárias⁷³ e jurisprudenciais⁷⁴ sobre o tema, para uma delimitação racional, eficiente e segura sobre a inaplicabilidade de prerrogativas aos contratos das estatais.

Caso em que houve relativa clareza diz respeito às contratações realizadas pela Petrobrás, especialmente após a aprovação do regulamento de procedimento licitatório simplificado da estatal (Decreto nº 2.745/98). A normativa possuía previsão expressa de que os contratos da Petrobrás seriam regidos pelas normas de Direito

⁷³ Defendendo que, diante das disposições legais e constitucionais, a aplicação da Lei nº 8.666/93 se estenderia às empresas estatais até edição de ulterior estatuto legal específico: MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 262; CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 489. Pela inaplicabilidade do regime de direito público no caso de empresa estatal competitiva, mas com enfoque no problema licitatório: JUSTEN FILHO, M. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014, p. 38-39. Pela aplicabilidade do regime privado às empresas estatais que exercem atividades econômicas em sentido estrito, submetendo as prestadoras de serviço público às prerrogativas exorbitantes da Lei nº 8.666/93: ALMEIDA, F. D. M. de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 210; SUNDFELD, C. A. **Licitação e Contrato Administrativo**: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94. São Paulo: Malheiros, 1994, p. 208. Diogo de Figueiredo Moreira Neto e Marcos Juruena Villela Souto, por sua vez, defendiam a não incidência da Lei nº 8.666/93 a toda e qualquer empresa estatal, independentemente da atividade desempenhada: MOREIRA NETO, D. de F.; SOUTO, M. J. V. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 215-262, abr. 2004. Por fim, Vitor Rhein Schirato, que, em posição aparentemente mais acertada, estendia a aplicação do regime privado aos casos em que a empresa estatal atuasse em concorrência com privados no mercado, podendo-se cogitar da aplicação do regime público apenas quando a entidade desempenhasse atividade tipicamente pública: SCHIRATO, V. R. **As Empresas Estatais no Direito Administrativo Econômico Atual**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 113-114. Sem se adentrar no mérito e na procedência de cada um destes posicionamento, o que se nota e se ressalta é a multiplicidade de entendimentos existentes, insuficientes para apontar segurança no regime contratual das estatais.

⁷⁴ Na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça foram localizados os seguintes entendimentos: nos REsp 527.137/PR e 55.565/ES, entendeu-se pela aplicação de prerrogativas exorbitantes aos contratos celebrados pela Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos – ECT, por consistir em prestadora de serviço público que não poderia abdicar do regime público. O mesmo entendimento foi observado no REsp 737.741/RJ, no qual se consignou em voto-vista do Min. João Otávio de Noronha que, ainda que o objeto do contrato consistisse em atividade-meio da Embratel – concessionária de serviço público –, não restaria afastada “a natureza administrativa do ajuste firmado”. No REsp 216.018/DF, versando sobre contrato de empreitada da TERRACAP – empresa pública do Distrito Federal similar à uma agência de desenvolvimento –, também se entendeu pela aplicabilidade do regime jurídico exorbitante. Por fim, destaca-se o MS 11.308/DF, no qual se consignou em ementa que “A sociedade de economia mista, quando engendra vínculo de natureza disponível, encartado no mesmo cláusula compromissória de submissão do litígio ao Juízo Arbitral, não pode pretender exercer poderes de supremacia contratual previsto na Lei 8.666/93”. Percebe-se uma jurisprudência oscilante do STJ, com tendências de potencialização das prerrogativas exorbitantes sobre os contratos das empresas estatais.

Privado, em afastamento aos preceitos da Lei nº 8.666/93⁷⁵.

O referido decreto, entretanto, foi objeto de diversos questionamentos, de modo que sua validade foi cancelada apenas após decisões monocráticas proferidas pelo Supremo Tribunal Federal. O principal fundamento consistiu na necessidade de as empresas estatais não se submeterem às regras rígidas da Lei nº 8.666/93, nos termos de decisão proferida pelo Min. Gilmar Mendes no MS 25.888⁷⁶.

As demais empresas estatais que não editaram regulamentos específicos – realidade da maioria destas entidades – permaneceram sem uma definição precisa sobre quais contratos seriam regidos eminentemente por preceitos de Direito Privado, e em que medida – ou não – poderiam ser objeto de incidência de prerrogativas exorbitantes.

Essas questões apenas são superadas – ou, ao menos, tentaram ser superadas – com o advento tardio da Lei nº 13.303/16.

⁷⁵ “7.1.1 Os contratos da PETROBRÁS reger-se-ão pelas normas de direito privado e pelo princípio da autonomia da vontade, ressalvados os casos especiais, obedecerão a minutas padronizadas, elaboradas com a orientação do órgão jurídico e aprovadas pela Diretoria”. BRASIL. Decreto Nº 2.745/98. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 ago. 1998. Disponível em: <<https://bit.ly/2Oha59d>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

⁷⁶ “A submissão legal da Petrobrás a um regime diferenciado de licitação parece estar justificado pelo fato de que, com a relativização do monopólio do petróleo trazida pela EC nº 9/95, a empresa passou a exercer a atividade econômica de exploração do petróleo em regime de livre competição com as empresas privadas concessionárias da atividade, as quais, frise-se, não estão submetidas às regras rígidas de licitação e contratação da Lei nº 8.666/93. Lembre-se, nesse sentido, que a livre concorrência pressupõe a igualdade de condições entre os concorrentes”. BRASIL, Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 25.888/DF, Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS. x Tribunal de Contas da União. Rel.: Min. Gilmar Mendes, Brasília, 22 mar. 2006. **Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**: 29 mar. 2008. O teor desta decisão foi replicada em todas as decisões posteriores do Supremo sobre o mesmo tema. O foco, entretanto, deu-se sobre o procedimento licitatório simplificado, inexistindo grandes discussões sobre a incidência de prerrogativas exorbitantes.

3 O NOVO REGIME CONTRATUAL DAS EMPRESAS ESTATAIS

As inconsistências existentes no regime contratual das estatais buscaram ser superadas apenas com a Lei nº 13.303/16. A edição do estatuto jurídico se deu para concretizar o art. 173, § 1º, da Constituição Federal, a fim de conferir uma mínima homogeneidade ao regime jurídico das empresas estatais e equipará-lo ao das empresas privadas⁷⁷. Com a referida lei, os contratos celebrados por estas entidades passaram a ser regulados direta e especialmente “pelos preceitos de direito privado”, em detrimento das problemáticas prerrogativas exorbitantes naturais aos contratos administrativos.

Com o propósito de avaliar sua natureza jurídica e em que medida os contratos firmados sob a égide da Lei nº 13.303/16 se diferenciam do modelo exorbitante clássico, o presente capítulo pretender levantar as principais inovações e verificar seu afastamento em relação à Lei nº 8.666/93.

De início, antes de se adentrar à análise da disciplina desses contratos, impõe-se alguns apontamentos quanto à (in)aplicabilidade da Lei nº 8.666/93 sobre as empresas públicas e sociedades de economia mista, tendo em vista seu novo estatuto jurídico.

3.1 A INAPLICABILIDADE DE CONCEPÇÕES E PRECEITOS DA LEI Nº 8.666/93 ANTE O ADVENTO DA LEI Nº 13.303/16

Na prática das contratações públicas, há uma recorrente e indiscriminada extensão da Lei nº 8.666/93 a diversas formas contratuais empregadas pela Administração Pública. Como visto anteriormente, este transtorno atinge a figura do contrato com maior severidade, por gerar a incidência de um regime jurídico prefixado e que pouco dialoga com a operação econômica concreta.

Essa deformidade se dá especialmente pelo grau de abertura das diretrizes da Lei nº 8.666/93, que potencializam a aplicação de suas normas de modo

⁷⁷ Ainda que reconhecendo a outorga de flexibilidade em determinadas áreas das empresas estatais, alguns autores apontam que a Lei nº 13.303/16 foi tímida na aproximação ao regime das empresas privadas, omitindo-se, por exemplo, no tocante a aspectos tributários e trabalhistas. Cf.: ARAGÃO, A. S. de. **Empresas Estatais: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. São Paulo: Forense, 2017, p. 175.

universalizante. Cita-se, como exemplo, o conceito legal de contrato do art. 2º, parágrafo único, definido como “todo e qualquer ajuste entre órgãos ou entidades da Administração Pública e particulares, em que haja um acordo de vontades para a formação de vínculo e a estipulação de obrigações recíprocas”⁷⁸, para os fins da própria lei. O caráter genérico desta definição é tamanha que quaisquer negócios jurídicos bilaterais que tenham a Administração Pública em um dos polos poderiam ser interpretados como sujeitos à Lei nº 8.666/93⁷⁹, independentemente do objeto da avença, da natureza jurídica da parte ou do seu respectivo escopo de atuação.

Outro fator que explica a aplicação da Lei nº 8.666/93 de forma generalizada consiste no longo tempo em que os administradores públicos e órgãos de controle estiveram sujeitos aos seus preceitos. A partir do momento em que se incorporam determinados poderes como um dado natural dos contratos administrativos, qualquer iniciativa de amenizá-los pode ser encarada como irregular pelo mero desvio ao padrão das contratações públicas.

Com o propósito de refrear essa ineficiente expansão da Lei nº 8.666/93, o legislador tem criado, por leis específicas, regimes contratuais paralelos⁸⁰ – como nos exemplos citados anteriormente sobre as concessões e as parcerias público-privadas. E este também parece ter sido o caso da Lei nº 13.303/16, criador de um regime jurídico contratual próprio das empresas estatais, que detêm uma natureza e uma forma de atuação distintas das demais entidades.

Essa blindagem pretendida pela Lei nº 13.303/16 pode ser verificada pela expressa previsão de que os contratos celebrados por empresas estatais regem-se pelos preceitos de Direito Privado. O protagonismo das regras de Direito Público – como a prevalência das prerrogativas – é substituído por uma lógica de bilateralidade entre as partes. Trata-se de inequívoca escolha do legislador, não podendo se interpretar semelhante modificação normativa como um mero acaso.

O detalhamento conferido ao regime jurídico contratual das estatais, por sua vez, também aponta para uma tentativa do legislador conceber um regramento

⁷⁸ BRASIL. Lei Nº 8.666/93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <<https://bit.ly/2HusHDQ>>. Acesso em: 08 ago. 2018.

⁷⁹ ALMEIDA, F. D. M. de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012, p. 203.

⁸⁰ “Assim, tem-se, como regra, a potencial extensão do regime da Lei n. 8.666/93 aos contratos celebrados pela Administração; a extensão deste regime, porém, pode ser obstada por lei específica aplicável ao caso concreto” Ibidem, p. 291.

paralelo e distinto da Lei nº 8.666/93. Em seus 16 artigos, a Lei das Estatais regula aspectos contratuais que eram tratados pela Lei Geral de Licitações e Contratos Administrativos⁸¹, mas com um roupagem nova e mais próxima das necessidades das empresas estatais em comparação ao referencial anterior – conforme se verá adiante.

Diante dessas considerações e da exigência constitucional de um tratamento especial, não é possível sustentar que a Lei nº 8.666/93 seja aplicável sobre o regime de contratos das empresas estatais com o advento da Lei nº 13.303/16, ainda que subsidiariamente. Se a aplicação subsidiária se mostra possível somente quando os pressupostos e as finalidades de cada diploma normativo são compatíveis, este, certamente, não é o caso das prerrogativas exorbitantes, ante a paridade de regimes imposta entre empresas privadas e estatais⁸².

Deste modo, tomando de empréstimo as reflexões de Egon Bockmann Moreira, “leis especiais (...) constituem microssistemas normativos diferenciados, que possuem a sua própria lógica e só excepcionalmente, se referida de modo literal, podem dar margem à aplicação da Lei 8.666/1993”⁸³. Constituindo-se a Lei nº 13.303/16 num microssistema contratual próprio, não se pode aplicar subsidiariamente a Lei nº 8.666/93 apenas porque se gosta ou se está acostumado com suas disposições. Trata-se de uma nova disciplina, pautada numa lógica contígua à privada e incompatível com as marcas de supremacia e unilateralidade.

Qual seria, porém, a fonte normativa responsável por suprir as lacunas da Lei nº 13.303/16 no que concerne aos contratos celebrados por empresas estatais?

⁸¹ Entre esses aspectos, destaca-se os seguintes, cada qual com suas alterações desenvolvidas pela Lei nº 13.303/16: formalização dos contratos (art. 68), suas cláusulas necessárias (art. 69), sua forma de alteração (arts. 72 e 81), responsabilidade pelos encargos (arts. 76 e 77), subcontratação (art. 78), prestação de garantias (art. 70) e sanções administrativas no caso de inadimplemento (arts. 82 a 84).

⁸² “Não é cabível estabelecer um postulado geral de que a Lei 8.666 aplica-se subsidiariamente em face da disciplina da Lei 13.303/2016. Existem diferenças muito relevantes entre as finalidades de ambos os diplomas e em vista da característica das contratações promovidas nas diversas órbitas. Justamente por isso, a Lei 13.303/2016 deixou de disciplinar certas situações para remeter a solução para o caso concreto, instituindo uma margem de autonomia para o gestor da empresa estatal. Isso não implica negar a possibilidade de que, como exceção e em situações específicas, a Lei 8.666 seja aplicada para suprir uma omissão, nos casos em que existir identidade de pressupostos, de finalidade e de conteúdo das situações disciplinadas” JUSTEN FILHO, M. A Contratação Sem Licitação nas Empresas Estatais. In: JUSTEN FILHO, M. (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**: Lei 13.303/2016, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 288.

⁸³ MOREIRA, E. B. Não me fale da Lei nº 8.666! **Gazeta do Povo**, Disponível em: <<https://bit.ly/2nGNUq>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

A resposta a esse questionamento parece residir na literalidade do mencionado art. 68, que prevê que “Os contratos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas, pelo disposto nesta Lei e pelos preceitos de direito privado”⁸⁴. Tendo em vista a ordem dos fatores elencados pelo dispositivo, as omissões, aparentemente, devem ser supridas pela legislação aplicável às contratações entre empresas privadas naquilo que não conflitar com as disposições da Lei nº 13.303/16.

Deste modo, por exemplo, para conferir unidade interpretativa ao regime contratual da Lei das Estatais – sem abandono de suas regras injuntivas –, entende-se possível e necessário o recurso à inteligência geral dos contratos empresariais. Desde que com suas devidas matizes, esse método se mostra possível especialmente quando ambas as contratantes adotam a estrutura empresarial como forma de atuação, sendo dotadas de racionalidade e de objetivo essencialmente econômicos⁸⁵.

Por outro lado, também é possível se cogitar da incidência do regramento especial de um tipo contratual quando a operação econômica interna assim puder ser enquadrada⁸⁶. Ou, ainda, o recurso às disposições do Código Civil sobre os “Contratos em Geral”, previstas em seu Título V, art. 421 e seguintes, que eram aplicáveis aos contratos administrativos clássicos e podem ser abordadas com as

⁸⁴ BRASIL. Lei Nº 13.303/16. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 jun. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2PXsF8a>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

⁸⁵ FORGIONI, P. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 46.

⁸⁶ “O juízo acerca da tipicidade ou atipicidade do contrato é importante para a determinação do seu regime jurídico (...) O juízo de correspondência do contrato a um tipo legal determinada a entrada em vigor do modelo regulativo constante da lei. Trata-se aqui de vigência e de aplicação da lei, quer no que concerne ao modelo regulativo típico propriamente dito, quer no que está além do tipo e que se traduz, por exemplo, em exigências de publicidade e de forma, ou em incidência de impostos”. VASCONCELOS, P. P. de. **Contratos Atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995, p. 180.

devidas adequações pelas estatais⁸⁷. Em nenhum dos casos, porém, revela-se possível recorrer à arcaica sistemática de prerrogativas⁸⁸.

Ressalta-se que o regulamento interno de licitações e contratos que cada empresa estatal deve editar, nos termos do art. 40 da Lei nº 13.303/16, também pode ter papel fundamental em suprir suas eventuais lacunas⁸⁹. Responsável por conferir maior estabilidade à empresa estatal e às suas colaboradoras na absorção das novidades legais⁹⁰, o regulamento interno poderá amoldar a aplicação dos preceitos de Direito Privado à sua realidade, estabelecendo detalhes sobre suas condições e possíveis balizas de interpretação⁹¹.

Porém, o regulamento da empresa estatal poderá tão somente viabilizar a aplicação do Direito Privado, mas nunca subvertê-lo com o reestabelecimento de

⁸⁷ É necessário ressaltar que mesmo o Direito das Obrigações em geral não está sujeito a uma disciplina unitária. Uma vez que a empresa estatal, ao contratar com empresas privadas, está inserida no escopo de mercado, o contrato deve ter um método de interpretação e regência distinto em comparação aos simples contratos civis em respeito ao elemento da empresariedade. “São as características indissociavelmente ligadas ao exercício da atividade econômica que não permitem o estabelecimento de um regime unitário global à disciplina do Direito das Obrigações. Somente aquele que exerce a atividade econômica estará sujeito à disciplina da empresa, e não os demais sujeitos contemplados na disciplina civil. Há peculiaridades que decorrem do exercício da atividade econômica organizada que justificam a manutenção da especialidade de tratamento. Um deles, decorrente da empresariedade, é a sujeição ao regime específico para situações de dificuldade; outro, a aceitação da organização do empresário sob a forma societária” RIBEIRO, M. C. P.; GALESKI JUNIOR, I. **Teoria Geral dos Contratos**: Contratos empresariais e análise econômica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 25.

⁸⁸ Importante destacar que os contratos de consumo e de trabalho das empresas estatais, tal como manejados pelas empresas privadas, devem seguir seu regramento específico, não havendo que se falar nas mesmas controvérsias explicitadas no presente trabalho.

⁸⁹ A autorização para que o regulamento interno trate sobre o regime jurídico contratual está no art. 40, VI a IX: Art. 40. As empresas públicas e as sociedades de economia mista deverão publicar e manter atualizado regulamento interno de licitações e contratos, compatível com o disposto nesta Lei, especialmente quanto a: (...); VI - formalização de contratos; VII - gestão e fiscalização de contratos; VIII - aplicação de penalidades; IX - recebimento do objeto do contrato. BRASIL. Lei Nº 13.303/16. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 jun. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2PXsF8a>>. Acesso em: 10 ago. 2018. Cabe ressaltar que a Lei nº 8.666/93 também possibilitava a edição de regulamento próprio por cada empresa estatal, nos termos do art. 119, mas esta prática apenas foi encampada com maior ênfase após a Lei nº 13.303/16.

⁹⁰ NIEBUHR, J. de M.; NIEBUHR, P. de M. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 37

⁹¹ O Regulamento Interno de Licitações e Contratos da Centrais Elétricas Brasileiras S.A – ELETROBRAS é exemplar no cumprimento desse papel, dado que além de prever a aplicação dos “princípios gerais de contratos, dentre os quais o da obrigatoriedade dos contratos, da relatividade dos contratos, do consensualismo, da função social do contrato, da boa-fé objetiva, do equilíbrio econômico e do adimplemento substancial” (art. 75, 2), detalha a aplicação destes preceitos em outros dispositivos. Menciona-se, como exemplo, o art. 95, 2, que estabelece balizas para a aplicação da teoria do adimplemento substancial no caso de rescisão do contrato. ELETROBRAS. Regulamento Interno de Licitações e Contratos das Centrais Elétricas Brasileiras S.A. Disponível em: <<https://bit.ly/2NXjKcK>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

prerrogativas exorbitantes. Como explica Joel de Menezes Niebuhr, “há liberdade para definir certos aspectos do contrato, especialmente técnicos e de execução, porém não aspectos estritamente jurídicos e concernentes a prerrogativas que desequilibram a relação contratual”⁹².

Logo, sendo a Lei nº 13.303/16 um referencial normativo próprio, as prerrogativas da Lei nº 8.666/93 não se aplicam sobre os novos contratos de empresas estatais, especialmente quando atuantes em mercados competitivos.

3.2 O AFASTAMENTO DAS PRERROGATIVAS EXORBITANTES E A APROXIMAÇÃO AO DIREITO PRIVADO

A Lei nº 13.303/16 outorga protagonismo ao Direito Privado, o que é feito independentemente do ente federativo ou da natureza da atividade desempenhada pela estatal - serviço público ou não⁹³.

Esse fenômeno tem como provável fundamento o fato de o Direito Privado consistir no modo de atuação típico da vida econômica e do comércio jurídico. Isso porque, na medida em que a Administração for compelida a atuar numa lógica de mercado, “a atuação do Direito Privado é mais palatável, pois, afinal, o que está em causa é estabelecer vínculos segundo o modo próprio de atuar dos empresários”⁹⁴.

Nesse sentido, o deslocamento do eixo referencial dos contratos inaugura-se com o art. 68 da Lei nº 13.303/16. Em abandono à aplicação meramente supletiva preconizada pelo art. 54 da Lei nº 8.666/93⁹⁵, a Lei das Estatais estabeleceu uma eficácia primária, direta e imediata do Direito Privado sobre seus contratos. Isto não somente faz com que as prerrogativas comumente atribuídas à Administração Pública sejam suplantadas destas avenças, como permitem um maior acesso a

⁹² NIEBUHR, J. de M.; NIEBUHR, P. de M. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 264.

⁹³ ARAGÃO, A. S. de. **Empresas Estatais: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. São Paulo: Forense, 2017, p. 256.

⁹⁴ GUIMARÃES, B. S. **O Exercício da Função Administrativa e o Direito Privado**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010, p. 165.

⁹⁵ “Art. 54. Os contratos administrativos de que trata esta Lei regulam-se pelas suas cláusulas e pelos preceitos de direito público, aplicando-se-lhes, supletivamente, os princípios da teoria geral dos contratos e as disposições de direito privado”. BRASIL. Lei Nº 8.666/93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <<https://bit.ly/2HusHDQ>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

mecanismos de consensualidade e de bilateralidade típicos do mercado empresarial privado⁹⁶.

Desta forma, cria-se uma espécie de blindagem legal para que as empresas estatais não adotem prerrogativas unilaterais em suas contratações, ainda que assim pretendam. Trata-se de determinação que não pode simplesmente ser derogada ou renunciada pelas estatais no caso concreto⁹⁷. Pelo contrário: essas entidades são normativamente compelidas a empregar cláusulas e técnicas próprias de um ambiente empresarial, podendo adotar poderes unilaterais apenas quando típicos e naturais a uma determinada espécie contratual privada⁹⁸.

Além disso, a imposição de um modelo bilateral também aparenta ser mais condizente com o equilíbrio de poderes das partes contratantes no mundo empresarial. A racionalidade e a estrutura organizacional detidas pelas empresas permitem pressupor uma possível paridade de poderes na elaboração e na execução do contrato. Se o agente econômico empresarial, diante dos riscos e das vantagens da operação, optou por realizar a contratação em uma determinada configuração⁹⁹, terá de a esta se vincular sem dispor de poderes não atribuídos contratualmente. Não há, na maior parte das vezes, uma hipossuficiência a ser protegida ou uma supremacia aprioristicamente conferida a uma das partes sem se considerar o arranjo econômico individual.

Percebe-se, pois, que a Lei nº 13.303/16 pretende alcançar paridade com o regime contratual das empresas privadas e se afastar dos típicos poderes exorbitantes dos contratos administrativos. Isso se reforça, especialmente, pela iniciativa da Lei das Estatais em restringir cada prerrogativa de forma específica, com significativas alterações em comparação à disciplina anterior.

A alteração unilateral pela Administração Pública, tida como a prerrogativa por excelência do contrato administrativo, é suprimida na nova legislação, podendo o contrato ser alterado apenas “por acordo entre as partes” – nos termos do art. 72 e

⁹⁶ EIRAS, G. A. V. As Regras Aplicáveis aos Contratos Celebrados no âmbito do Estatuto das Empresas Estatais (Lei 13.303/2016). In: JUSTEN FILHO, M. (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**: Lei 13.303/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 481.

⁹⁷ NIEBUHR, J. de M.; NIEBUHR, Pedro de Menezes. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 265.

⁹⁸ ARAGÃO, A. S. de. **Empresas Estatais**: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. São Paulo: Forense, 2017, p. 254-255. O exemplo citado pelo autor consiste na denúncia vazia em contratos de locação, operando tal como uma rescisão unilateral.

⁹⁹ FORGIONI, P. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 120.

81 da Lei nº 13.303. Isto é, em reforço à bilateralidade típica dos contratos entre empresas privadas¹⁰⁰, a anuência do contratante privado deixa de ser irrelevante e se torna condição de existência da própria alteração do contrato firmado com a empresa estatal. Com essa configuração, as modificações realizadas por apenas uma das contratantes serão admitidas apenas quando e na medida em que integrem a estrutura de um tipo contratual privado¹⁰¹.

A rescisão contratual, por sua vez, também sofre significativa transformação na Lei das Estatais. Se antes a Lei nº 8.666/93 outorgava à Administração Pública a possibilidade de rescindir unilateralmente o contrato, elencando suas hipóteses nos arts. 78 e 79, a Lei nº 13.303/16 estabelece que os casos de rescisão devem, necessariamente, estar regulados em cláusula contratual¹⁰². Diante do protagonismo do Direito Privado e da necessidade de equiparar os poderes detidos por cada contratante, é evidente que o tratamento sobre a rescisão contratual deve-se dar de forma equânime entre as partes. Se à empresa estatal se autoriza a rescindir unilateralmente a avença em determinada circunstância, o mesmo deve se estender à empresa privada, sob pena de ilegalidade¹⁰³¹⁰⁴.

Aliás, com a opção de não disciplinar as hipóteses de rescisão, a Lei nº 13.303/16 suprimiu a previsão de que o contratante particular somente poderia suspender o cumprimento de suas obrigações decorridos 90 (noventa) dias sem

¹⁰⁰ SOUSA, G. C. e. Contratos: formalização, alteração, responsabilidade, subcontratação. In: NORONHA, J. O. de; FRAZÃO, A.; MESQUITA, D. A. (Coord.). **Estatuto Jurídico das Estatais: Análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 307.

¹⁰¹ Exemplo de ARAGÃO, A. S. de. **Empresas Estatais: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. São Paulo: Forense, 2017, p. 239-240.

¹⁰² “Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei: (...) VII - os casos de rescisão do contrato e os mecanismos para alteração de seus termos” BRASIL. Lei Nº 13.303/16. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 jun. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2PXsF8a>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹⁰³ NIEBUHR, J. de M.; NIEBUHR, P. de M. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 309-310.

¹⁰⁴ Alguns regulamentos internos de empresas estatais têm replicado as disposições da Lei nº 8.666/93 no tema de rescisão contratual, o que pode ser encarado como ilegal pelos órgãos de controle e contratados. Esse, por exemplo, é o caso da COPEL, em que se estabelece o poder de rescisão por ato unilateral apenas para a estatal, inclusive na hipótese de “interesse público”. Companhia Paranaense de Energia – Copel. Regulamento Interno de Licitações e Contratos, em atendimento à Lei Federal nº 13.303/2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2MBICxG>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

pagamento pela Administração Pública¹⁰⁵. Essa supressão aparenta ampliar a exceção do contrato não cumprido, que poderá ser oposta pelo contratante particular assim que a empresa estatal inadimplir suas obrigações pecuniárias. Nada impede, porém, que o contrato regule esse aspecto distintamente, desde que a lógica de equivalência de poderes contratuais não seja rompida.

A remissão das hipóteses de rescisão contratual para as suas respectivas cláusulas também favorece uma configuração eficiente do contrato. A partir do momento em que a Lei nº 13.303/16 prescinde de uma estipulação prévia dos casos de rescisão do contrato, a empresa estatal deverá determiná-los concretamente, estabelecendo hipóteses que detenham um mínimo de diálogo e pertinência com a operação econômica a ser realizada.

A única prerrogativa exorbitante expressamente mantida nos contratos da Lei nº 13.303/16 em relação ao referencial anterior consiste na possibilidade de as empresas estatais aplicarem sanções administrativas típicas sobre contratadas inadimplentes¹⁰⁶. Todos os demais poderes da Lei nº 8.666/93 foram atenuados com o propósito de aproximar a atuação contratual das empresas estatais à lógica de mercado e de outorgar papel central ao Direito Privado.

Um aspecto que ultrapassa o tema das prerrogativas e demonstra a tentativa da Lei nº 13.303/16 em atribuir eficiência contratual às estatais está na inserção da matriz de riscos de cada parte contratante enquanto cláusula necessária¹⁰⁷.

Como destaca Marcia Carla Pereira Ribeiro, o fator risco é a essência da atividade desenvolvida pelo empresário¹⁰⁸ e se encontra em todas as suas etapas de organização, inclusive e especialmente em seus contratos. Para evitar e/ou

¹⁰⁵ “Art. 78. Constituem motivo para rescisão do contrato: (...) XV - o atraso superior a 90 (noventa) dias dos pagamentos devidos pela Administração decorrentes de obras, serviços ou fornecimento, ou parcelas destes, já recebidos ou executados, salvo em caso de calamidade pública, grave perturbação da ordem interna ou guerra, assegurado ao contratado o direito de optar pela suspensão do cumprimento de suas obrigações até que seja normalizada a situação”. BRASIL. Lei Nº 8.666/93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <<https://bit.ly/2HusHDQ>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹⁰⁶ NIEBUHR, J. de M.; NIEBUHR, P. de M. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 260.

¹⁰⁷ “Art. 69. São cláusulas necessárias nos contratos disciplinados por esta Lei: (...) X - matriz de riscos” BRASIL. Lei Nº 13.303/16. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 jun. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2PXsF8a>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹⁰⁸ RIBEIRO, M. C. P.; GALESKI JUNIOR, I. **Teoria Geral dos Contratos**: Contratos empresariais e análise econômica. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 182.

conter efeitos danosos decorrentes de sua eventual materialização, é natural que se estabeleça uma divisão clara dos riscos inerentes ao negócio¹⁰⁹.

No âmbito das contratações públicas, a legislação recente tem consagrado a necessidade de expresse mapeamento e divisão de riscos entre as partes para trazer economicidade aos contratos da Administração Pública¹¹⁰. Trata-se de método empregado com a finalidade de substituir a tradicional e simplista teoria dos riscos do contrato administrativo, na qual as áleas são imputadas sem verificar sua pertinência ao caso concreto¹¹¹.

A Lei nº 13.303/16 incorporou essa tendência para que o contrato possa atribuir o risco àquele que detém melhores condições de prevenir sua ocorrência ou de controlar suas possíveis consequências. A alocação prévia dos riscos compele as partes a envidar esforços para evitar sua materialização e impede que controvérsias contratuais sejam resolvidas pelo Poder Judiciário – instituição que não detém competência ou expertise para uma solução econômica precisa. Nesse sentido, necessário destacar as observações de Fernando Vernalha Guimarães sobre a repartição de riscos em parcerias público-privadas, perfeitamente aplicáveis ao tema em análise:

Como já afirmado, a alocação de riscos está orientada por premissa econômicas e não jurídicas; é um problema de eficiência e não de proteção de valores de outra natureza. Por isso, a melhor alocação de riscos, com vistas a propiciar a maior eficiência ao contrato, é um expediente a ser realizado *ex ante*, ainda ao tempo da elaboração do contrato, sempre sob a orientação de regras e premissas econômicas; não se afigura um problema a ser discutido *ex post*, pelo juiz, cujo ponto de observação não lhe permite acesso às informações fundamentais para identificar, à luz daqueles objetivos, a melhor partilha dos riscos para a PPP¹¹².

Assim, a obrigação de que todo e qualquer contrato possua uma matriz de

¹⁰⁹ FORGIONI, P. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 136-137. Em contratos públicos: PEREZ, M. A. **O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 138.

¹¹⁰ É o caso das parcerias público-privadas, que tem a repartição objetiva de riscos como uma de suas diretrizes (art. 4º, VI, da Lei Federal nº 11.079/04)

¹¹¹ Em que pese o enfoque de seu trabalho estar sobre riscos em contratos de concessão – situação bastante distinta do tema em análise –, Marcos Augusto Perez aborda questões relevantes referentes à ineficácia da divisão clássica de riscos pautada em conceitos como fato do príncipe, fato da administração, teoria da imprevisão, entre outros. Ver em: PEREZ, M. A. **O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006, p. 112-119.

¹¹² GUIMARÃES, F. V. Alocação de Riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, M.; SCHWIND, R. W. (Coord.). **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 242.

riscos própria¹¹³, em substituição à divisão de áleas tradicional aos contratos administrativos¹¹⁴, gera incentivos para que a empresa estatal construa uma modelagem contratual adaptada ao caso concreto, sem um regime legal apriorístico e fechado. Facilita-se a economicidade e a eficiência da contratação, elementos imprescindíveis para que a empresa estatal preserve sua atuação em mercados dinâmicos e competitivos.

Esses e outros fatores – como a possibilidade de remuneração variável por desempenho¹¹⁵ ou permissivos para elastecimento dos prazos contratuais¹¹⁶ – são apenas alguns dos elementos que demonstram uma tentativa de aproximação ao regime contratual comumente empregado por empresas privadas. Se tem sido crescente a flexibilização do regime público da Administração em geral, esse fenômeno deve ocorrer com maior ênfase nas contratações do segmento empresarial público, para cumprimento contínuo e adequado de suas finalidades.

Para que disponham de um modelo negocial ágil e eficiente, as empresas estatais devem “ter autonomia na escolha de modelos contratuais, como as empresas privadas em geral, não estando jungidas aos modelos preestabelecidos

¹¹³ Em oposição ao entendimento de que certas avenças prescindiriam de sua previsão, o Tribunal de Contas da União julgou necessária a inserção de matriz de risco nas cláusulas dos contratos de empresas estatais, reforçando o que dispõe o art. 69, X. Nesse sentido: BRASIL. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2088/2017, Plenário, Rel. Min. André de Carvalho, Relatório de Auditoria nº 007.460/2017-1, Sessão 20/09/2017.

¹¹⁴ O art. 81, VI, da Lei nº 13.303/16, estabelece que os contratos podem ser alterados para reestabelecer o equilíbrio econômico-financeiro rompido devido a caso fortuito, força maior, fato do príncipe ou de fatos imprevisíveis ou previsíveis e de consequências incalculáveis. Em que pese parecer apego ao passado, Alexandre Santos de Aragão explica que, por ser a divisão de risco uma cláusula necessária do contrato, este inciso só terá aplicabilidade quando a matriz for omissa em disciplinar estes casos. Cf.: ARAGÃO, A. S. de. **Empresas Estatais: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. São Paulo: Forense, 2017, p. 236.

¹¹⁵ “Art. 45. Na contratação de obras e serviços, inclusive de engenharia, poderá ser estabelecida remuneração variável vinculada ao desempenho do contratado, com base em metas, padrões de qualidade, critérios de sustentabilidade ambiental e prazos de entrega definidos no instrumento convocatório e no contrato”. BRASIL. Lei Nº 13.303/16. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 jun. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2PXsF8a>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹¹⁶ “Art. 71. A duração dos contratos regidos por esta Lei não excederá a 5 (cinco) anos, contados a partir de sua celebração, exceto: I - para projetos contemplados no plano de negócios e investimentos da empresa pública ou da sociedade de economia mista; II - nos casos em que a pactuação por prazo superior a 5 (cinco) anos seja prática rotineira de mercado e a imposição desse prazo inviabilize ou onere excessivamente a realização do negócio”. BRASIL. Lei Nº 13.303/16. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 jun. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2PXsF8a>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

na legislação”¹¹⁷. Assim, a sistemática preconizada pela Lei nº 13.303/16 mostra-se mais compatível com a lógica e com o ambiente em que estas entidades se inserem¹¹⁸.

No entanto, duas ressalvas merecem ser feitas quanto à aproximação ao Direito Privado operado pela Lei das Estatais.

Em primeiro lugar, o fato de a empresa estatal se constituir numa pessoa jurídica de direito privado não a desnatura enquanto entidade pública. As empresas estatais sempre estarão, inevitavelmente, vinculadas a determinados princípios de Direito Público, mesmo que seus contratos devam se distinguir daqueles firmados por pessoas jurídicas de direito público.

Os contratos celebrados por empresas estatais, por exemplo, permanecem sob controle dos Tribunais de Contas e exigindo prévia licitação¹¹⁹, mesmo com uma profunda atenuação das prerrogativas exorbitantes. Essa é uma decorrência do hibridismo jurídico que permeia estas entidades, dado que, como arremata Maria João Estorninho, “o Direito Privado aplicável à Administração Pública nunca é exatamente igual ao que vale para os particulares”¹²⁰.

Por outro lado, a Lei nº 13.303/16 também possui imperfeições que aparentemente colidem com o objetivo de eficiência.

Como exemplo, destaca-se o exaustivo regramento legal sobre as cláusulas necessárias – em detalhamento semelhante ao da Lei nº 8.666/93 – que enrijece as formas contratuais das empresas estatais e dificulta a adoção de moldes inovadores.

Ou, ainda, o art. 76 da Lei nº 13.303/16, que impõe uma responsabilidade objetiva aos contratados no caso de danos causados à estatal ou a terceiros, desde que decorrentes de vícios, defeitos ou incorreções na execução do objeto

¹¹⁷ ARAGÃO, A. S. de. **Empresas Estatais**: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista. São Paulo: Forense, 2017, p. 259.

¹¹⁸ EIRAS, G. A. V. As Regras Aplicáveis aos Contratos Celebrados no âmbito do Estatuto das Empresas Estatais (Lei 13.303/2016). In: JUSTEN FILHO, M. (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**: Lei 13.303/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 482.

¹¹⁹ ARAGÃO, A. S. de, op. cit., p. 177-178.

¹²⁰ ESTORNINHO, M. J. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009, p. 349.

contratual¹²¹. Cria-se uma autoridade desnecessária à empresa estatal e um custo adicional que será dimensionado pelos licitantes na elaboração de suas propostas¹²².

De todo modo, nada obstante a Lei nº 13.303/16 não seja, por si só, tábua de salvação das empresas estatais, é forçoso reconhecer seus avanços em comparação ao referencial anterior.

O novo modelo de protagonismo do Direito Privado força as empresas estatais a adotarem contratos mais condizentes com a realidade do mercado. Com a contenção das prerrogativas exorbitantes, é dada previsibilidade ao comportamento da empresa estatal e segurança ao contratante privado, com a redução dos custos a serem incorridos na execução do negócio¹²³. O equilíbrio contratual repercutirá positivamente para a eficiência da própria empresa estatal, embora a aparente perda de poderes contratuais sofrida por estas entidades¹²⁴.

Privilegia-se uma contratação mais conectada com a operação econômica concreta, com uma maior abertura para que determinadas questões estejam disciplinadas diretamente no corpo do contrato, sem a incidência de um regime fixo e uniforme.

O adequado alcance desta eficiência, contudo, dependerá de uma correta aplicação do administrador público e dos órgãos de controle responsáveis, sob pena de inutilização do esforço legislativo. Como conclui Joel Niebuhr, “O novo modelo contratual, por si, não resolve todos os males, porém aponta para a direção correta.

¹²¹ “Art. 76. O contratado é obrigado a reparar, corrigir, remover, reconstruir ou substituir, às suas expensas, no total ou em parte, o objeto do contrato em que se verificarem vícios, defeitos ou incorreções resultantes da execução ou de materiais empregados, e responderá por danos causados diretamente a terceiros ou à empresa pública ou sociedade de economia mista, independentemente da comprovação de sua culpa ou dolo na execução do contrato”. BRASIL. Lei Nº 13.303/16. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 jun. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2PXsF8a>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

¹²² EIRAS, G. A. V. As Regras Aplicáveis aos Contratos Celebrados no âmbito do Estatuto das Empresas Estatais (Lei 13.303/2016). In: JUSTEN FILHO, M. (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**: Lei 13.303/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 494; No mesmo sentido: SOUSA, G. C. e. Contratos: formalização, alteração, responsabilidade, subcontratação. In: NORONHA, J. O. de; FRAZÃO, A.; MESQUITA, D. A. (Coord.). **Estatuto Jurídico das Estatais**: Análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 311.

¹²³ FORGIONI, P. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 96.

¹²⁴ NIEBUHR, J. de M.; NIEBUHR, P. de M. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 263.

O sucesso do contrato estatal dependerá do modo como será aplicado”¹²⁵.

3.3 OS CONTRATOS CELEBRADOS PELAS EMPRESAS ESTATAIS ENQUANTO CATEGORIA CONTRATUAL AUTÔNOMA

Diante do exposto, é possível afirmar que a Lei nº 13.303/16 inaugura um novo regime contratual às empresas estatais, mais consentâneo com suas características e necessidades. São disponibilizadas novas ferramentas para que o segmento empresarial público incorpore um método contratual típico de um mercado competitivo.

É evidente que, conforme reiterado, às empresas estatais “não se aplicam pura e simplesmente as normas comuns às empresas privadas”¹²⁶. Há um regime jurídico híbrido, que excepciona certas marcas do Direito Privado dessas entidades destinadas ao alcance de finalidades públicas¹²⁷. E isso se reflete também na execução de seus contratos – como a necessidade de respeito ao devido processo legal e à ampla defesa no caso de aplicação de sanções por inadimplemento contratual.

Entretanto, também é nítido que o tradicional regime de prerrogativas exorbitantes não era condizente com as peculiaridades das empresas estatais. Não se mostrava coerente aplicar um rígido modelo contratual, característico de autarquias e demais pessoas jurídicas de direito público, às estatais, que, por definição, exigem uma atuação diferenciada e dinâmica – especialmente quando estas entidades são concebidas para atuar num mercado competitivo e identificado como um emaranhado de relações contratuais¹²⁸. Nada impede, ainda, que o mesmo se estenda aos casos em que a figura empresarial é adotada para desempenho de atividades incomuns aos particulares – tais como as funções regulatórias vistas no capítulo anterior –, uma vez que se trata de vinculação

¹²⁵ NIEBUHR, J. de M.; NIEBUHR, P. de M. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 263.

¹²⁶ MARQUES NETO, F. P. de A.; PALMA, J. B. de. Licitação nas empresas estatais – os desafios do novo regime das licitações na Lei das Empresas Estatais (Lei nº 13.303/16). In: NORONHA, J. O. de; FRAZÃO, A.; MESQUITA, D. A. (Coord.). **Estatuto Jurídico das Estatais: Análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 246.

¹²⁷ SCHIRATO, V. R. **As Empresas Estatais no Direito Administrativo Econômico Atual**. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 24.

¹²⁸ FORGIONI, P. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 25.

voluntária do legislador ao Direito Privado.

É nesse cenário que a Lei nº 13.303/16 se mostra como relevante instrumento de concretização do tratamento diferenciado às empresas estatais exigido pelo art. 173 da Constituição Federal. Com o propósito de impor eficiência e retirar vantagens não extensíveis à iniciativa privada, o legislador optou por mitigar as prerrogativas do regime contratual das empresas estatais. O Direito Privado, que possuía papel secundário na integração das lacunas dos contratos administrativos, passa a ser o principal referencial normativo dos contratos celebrados por empresas estatais.

Assim, constituindo-se num microssistema normativo próprio, a Lei nº 13.303/16 deve ser aplicada e interpretada a partir de parâmetros especiais, sem perder de vista a concorrência e a necessidade de eficiência que circunscrevem as empresas estatais. Trata-se de consagrar a escolha do constituinte sobre o segmento empresarial público, conforme sintetiza Bernardo Strobel Guimarães:

Esse *disclaimer* é importante para assegurar a interpretação autônoma da Lei nº 13.303/2016. O longo tempo em que passamos sujeitos à regência da Lei nº 8.666/1993 tende a conduzir o intérprete a analisar o novo diploma como uma mera repetição de preceitos que já existiam, como se a lei nova tivesse vindo para deixar tudo como sempre esteve. Concessa vênias, a Lei nº 13.303/2016 é inovadora e dotada de dignidade constitucional própria. Mais do que isso, não é possível lê-la em fragmentos. A lei estipula um regime de entes empresariais dotados de maior autonomia, geridos de modo profissional, que atuam empresarialmente e muitas vezes em competição com empresas privadas, que obviamente não têm o dever de licitar. Desconsiderar essas peculiaridades é ignorar que a Constituição reservou às estatais um espaço particular de autonomia, sujeito a um corpo de vinculações próprias. É dizer, significa interpretar o tema com base na experiência pregressa, e não de acordo com a axiologia constitucional.¹²⁹

Com isso, a Lei nº 8.666/93 deve deixar de ser um norte hermenêutico aos arranjos contratuais operados pelas estatais. Sendo a Lei nº 13.303/16 um novo marco para as avenças firmadas pelas empresas públicas e sociedades de economia mista, suas lacunas não devem ser integradas com base em ferramentas obsoletas e potencialmente ineficientes.

Assim como no próprio Direito Privado operou-se uma segmentação de categorias e microssistemas contratuais, cada qual com suas próprias

¹²⁹ GUIMARAES, B. S.; RIBEIRO, L. C. O Diálogo entre a Lei das Estatais e a Lei nº 8.666/1993: 25 Anos Depois. **Revista Síntese Licitações, Contratos e Convênios**, v. 8, 2018, p. 15.

características¹³⁰, o mesmo se aplica ao âmbito dos contratos públicos. A sistemática de contratos concebida pela Lei das Estatais consiste num regime jurídico contratual autônomo, que conta com arranjo e inteligência especiais. Se antigas categorias como os contratos administrativos e os contratos privados da Administração – concebidos sob a égide da Lei nº 8.666/93 – eram insuficientes para um enquadramento adequado dos contratos das empresas estatais, essas categorias devem ser abandonadas com o advento da Lei nº 13.303/16¹³¹.

Portanto, a recorrente prática de se conferir à Lei nº 8.666/93 o caráter geral e universalizante às contratações públicas deve ser superado. O regime jurídico contratual trazido pela Lei nº 13.303/16 é inédito e fruto de um hibridismo entre elementos de Direito Público e de Direito Privado que caracterizam a empresa estatal em suas diferentes nuances.

Trata-se de uma nova categoria contratual, que, com suas imperfeições e avanços, deve ser interpretada e incorporada à experiência do administrador público como um referencial autônomo e inovador, com o propósito de promover uma atuação perene e eficiente às empresas estatais¹³².

¹³⁰ Como os contratos empresariais, de trabalho e de consumo. Conforme: FORGIONI, P. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p. 53-55.

¹³¹ Em nota de rodapé, Alexandre Santos de Aragão consignou que, enquanto a Lei nº 13.303/16 não se aplicasse às licitações e contratos das estatais por força do art. 91, seriam aplicáveis as disposições da Lei nº 8.666/93, com as ressalvas das prerrogativas exorbitantes por consistirem em instrumentos não disponíveis às empresas privadas com as quais competem. Cf.: ARAGÃO, A. S. de. **Empresas Estatais: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. São Paulo: Forense, 2017, p. 256. No entanto, conforme abordado no capítulo anterior, entende-se que as divergências jurisprudenciais sobre os contratos privados da Administração e o manejo de prerrogativas por estatais apenas tentou ser superado, de forma definitiva, com a plena entrada em vigência da Lei das Estatais.

¹³² Joel de Menezes Niebuhr nomina o regime jurídico contratual da Lei nº 13.303/16 como “contrato estatal”. Independentemente da nomeação atribuída, cabe ressaltar a iniciativa do autor de destacar uma categoria contratual especial e autônoma. Conforme: NIEBUHR, J. de M.; NIEBUHR, P. de M. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018, p. 262.

4 CONCLUSÃO

A partir do exposto no presente trabalho, é possível sistematizar as seguintes conclusões:

1. Os contratos administrativos e os contratos privados da Administração consistiam em categorias insuficientes para um adequado enquadramento dos contratos celebrados por empresas estatais anteriormente à edição da Lei nº 13.303/16. Isso porque a distinção era pautada na incidência de um regime jurídico uniforme e apriorístico sobre os contratos – premissa incompatível com a complexidade do Direito Administrativo contemporâneo –, e era desconectada com a disposição da Lei nº 8.666/93, que, inevitavelmente, estendia as prerrogativas exorbitantes aos contratos privados da Administração.

2. Tal disposição da Lei nº 8.666/93 acabava por ensejar a aplicabilidade das prerrogativas exorbitantes inclusive para as empresas estatais, desconsiderando as possíveis incompatibilidades geradas com esta aplicação

3. Entre essas incompatibilidades, tem-se a adoção de prerrogativas contratuais não extensíveis às contratações das empresas no setor privado. Tendo em vista que a Constituição exige que o Estado esteja subordinado ao Direito Privado quando desempenhar atividades em concorrência com a iniciativa privada, a investidura de poderes contratuais incomuns na prática empresarial destoaria da paridade de regimes imposta às estatais.

4. O mesmo deve se observar para os casos em que o Poder Público opta, por sua própria opção, por constituir uma empresa estatal para exercer atividades em regime de exclusividade ou funções tipicamente regulatórias. Nestes casos, como a Administração teve a possibilidade de executar a atividade mediante pessoa jurídica de direito público e descartou tal opção, o regime contratual aplicável deveria ser o mais próximo ao empregado pelos particulares.

5. Para além da questão relativa à natureza jurídica da empresa estatal, há, ainda, a ineficiência ocasionada pela sistemática de prerrogativas. A falta de uma delimitação clara dos poderes contratuais da Administração Pública acrescenta custos de transação e reduz a economicidade de suas contratações.

6. Ante tais inconsistências, parcela da doutrina sustentou a inaplicabilidade do regime de prerrogativas a partir do disposto no art. 173 da Constituição Federal. Percebeu-se, no entanto, franca divergência doutrinária e jurisprudencial sobre o

tema, aparentemente superada apenas com o advento da Lei nº 13.303/16.

7. A Lei nº 13.303/16 concretizou a exigência constitucional de um estatuto jurídico próprio das empresas estatais, trazendo um regime mais próximo e similar ao adotado pelas empresas privadas.

8. Com a nova legislação, os parâmetros da Lei nº 8.666/93 não detêm aplicabilidade sobre os contratos das empresas estatais. Para suprir as lacunas normativas da Lei nº 13.303/16, ante o protagonismo conferido ao Direito Privado, o intérprete deve recorrer a outras fontes, tais como a inteligência dos contratos empresariais, os tipos contratuais, o Código Civil, e o regulamento interno das empresas estatais.

9. Ao conferir ao Direito Privado papel central no novo marco contratual – em substituição à anterior aplicação supletiva –, as tradicionais prerrogativas exorbitantes deixam de ser aplicáveis às empresas estatais. Isso se dá com o propósito de trazer consensualidade e bilateralidade a esses contratos, assegurando a equivalência de poderes entre as partes contratantes.

10. O afastamento das prerrogativas exorbitantes se reforça pela iniciativa do legislador de atenuar estes poderes de forma individual e específica na Lei nº 13.303/16. A título de exemplificação, foi prevista a alteração exclusivamente bilateral do contrato e foi suprimida a previsão de que apenas a Administração poderia rescindir a avença unilateralmente.

11. Para além da superação das prerrogativas, a Lei nº 13.303/16 estabeleceu outros mecanismos – como a inserção da matriz de riscos enquanto cláusula necessária – para ampliar a eficiência dos contratos das empresas estatais.

12. A Lei das Estatais também conta com deficiências que vão na contramão da necessidade de eficiência dessas entidades. Menciona-se, por exemplo, a responsabilidade objetiva por danos causados a terceiros decorrentes de vícios ou incorreções contratuais da contratante privada.

13. Em que pese a existência de tais problemas, forçoso reconhecer os avanços empreendidos pela Lei nº 13.303/16 em outorgar dinamismo, flexibilidade e eficiência aos contratos das estatais, que passam a ser mais condizentes com uma atuação competitiva e contígua à privada.

14. Deste modo, constituindo-se a Lei nº 13.303/16 num microssistema normativo próprio, com reconhecimento constitucional, seu regime jurídico contratual não pode ser enquadrado nas tradicionais categorias de contrato administrativo ou

contrato privado da Administração. Trata-se de um novo regime, pautado numa sistemática e numa inteligência próprias.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, F. D. M. de. **Contrato Administrativo**. São Paulo: Quartier Latin, 2012.

ARAGÃO, A. S. de. **Empresas Estatais: o Regime Jurídico das Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. São Paulo: Forense, 2017.

BRASIL. Decreto Nº 2.745/98. Aprova o Regulamento do Procedimento Licitatório Simplificado da Petróleo Brasileiro S.A. - PETROBRÁS previsto no art. 67 da Lei nº 9.478, de 6 de agosto de 1997, **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 25 ago. 1998. Disponível em: <<https://bit.ly/2Oha59d>>. Acesso em: 24 jul. 2018.

_____. Congresso Nacional. **Projeto de Lei nº 167/2015**. Autor: Roberto Requião. Brasília, DF, 2015. Disponível em: <<https://bit.ly/2vKGA8b>>. Acesso em: 07 mai. 2018.

_____. Lei Nº 13.303/16. Dispõe sobre o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 30 jun. 2016. Disponível em: <<https://bit.ly/2PXsF8a>>. Acesso em: 10 ago. 2018.

_____. Lei Nº 8.666/93. Regulamenta o art. 37, inciso XXI, da Constituição Federal, institui normas para licitações e contratos da Administração Pública e dá outras providências. **Diário Oficial da União**, Brasília, DF, 22 jun. 1993. Disponível em: <<https://bit.ly/2HusHDQ>>. Acesso em: 13 mai. 2018.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Mandado de Segurança nº 11.308/DF, TMC Terminal Multimodal de Coroa Grande SPE S/A. x Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia. Rel.: Min. Luiz Fux, Brasília, 09 abr. 2008. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**: 19 mai. 2008.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 216.018/DF, ETEC Empreendimentos Técnicos Engenharia e Comércio Ltda. x Companhia Imobiliária de Brasília TERRACAP. Rel.: Min. Franciulli Neto, Brasília, 05 jun. 2001. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**: 10 set. 2001.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 527.137/PR, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos x Hefer Construções Cíveis e Ltda. Rel.: Min. Luiz Fux, Brasília, 11 mai. 2004. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**: 31 mai. 2004.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 55.565/ES, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos x Fernando de Abreu Júdice. Rel.: Min. Milton Luiz Pereira, Brasília, 01 jun. 1995. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**: 19 jun. 1995.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial nº 737.741/RJ, Empresa Brasileira de Telecomunicações S/A – Embratel x Carlos Roberto Ferreira Moreira.

Rel.: Min. Castro Meira, Brasília, 03 out. 2006. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**: 01 dez. 2006.

_____. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança nº 32.263/RJ, Banco Bradesco S/A x Município de Petrópolis. Rel.: Min. Herman Benjamin, Brasília, 20 nov. 2012. **Diário da Justiça Eletrônico do Superior Tribunal de Justiça**: 18 dez. 2012.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 229.696/PE, Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos x Edgar Henrique da Silva. Rel.: Min. Ilmar Galvão, Brasília, 16 nov. 2000. **Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**: 19 dez. 2002.

_____. Supremo Tribunal Federal. Medida Cautelar no Mandado de Segurança nº 25.888/DF, Petróleo Brasileiro S/A - PETROBRAS. x Tribunal de Contas da União. Rel.: Min. Gilmar Mendes, Brasília, 22 mar. 2006. **Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**: 29 mar. 2008.

_____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 599.628/DF, Centrais Elétricas do Norte do Brasil S/A - Eletronorte x Sondotécnica Engenharia de Solos S/A. Rel.: Min. Ayres Britto, Brasília, 25 mai. 2011. **Diário da Justiça Eletrônico do Supremo Tribunal Federal**: 17 out. 2011.

_____. Tribunal de Contas da União. Acórdão nº 2088/2017, Plenário, Rel. Min. André de Carvalho, Relatório de Auditoria nº 007.460/2017-1, Sessão 20/09/2017.

CARVALHO FILHO, J. dos S. **Manual de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

Companhia Paranaense de Energia – Copel. **Regulamento Interno de Licitações e Contratos, em atendimento à Lei Federal nº 13.303/2016**. Disponível em: <<https://bit.ly/2MBICxG>>. Acesso em: 27 ago. 2018.

DI PIETRO, M. S. Z. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Atlas, 2015.

EIRAS, G. A. V. As Regras Aplicáveis aos Contratos Celebrados no âmbito do Estatuto das Empresas Estatais (Lei 13.303/2016). In: JUSTEN FILHO, M. (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais**: Lei 13.303/2016. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 479-501.

ELETROBRÁS. **Regulamento Interno de Licitações e Contratos das Centrais Elétricas Brasileiras S.A.** Disponível em: <<https://bit.ly/2NXjKcK>>. Acesso em: 23 ago. 2018.

ESTORNINHO, M. J. **A fuga para o direito privado**: contributo para o estudo da actividade de direito privado da Administração Pública. Coimbra: Almedina, 2009.

_____. **Requiem pelo Contrato Administrativo**. Coimbra: Almedina, 2003.

FIDALGO, C. B. Notas sobre a ineficiência das empresas estatais e suas causas. In:

ARAGÃO, Alexandre Santos de (Coord.). **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 145-182.

FORGIONI, P. **Teoria Geral dos Contratos Empresariais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

FREITAS, R. V. de. O que a análise econômica tem a ver com os contratos administrativos? **Direito do Estado**. Disponível em: <<https://bit.ly/2LUvyYS>>. Acesso em: 25 jul. 2018.

GONÇALVES, P. C. **O Contrato Administrativo: Uma Instituição do Direito Administrativo do Nosso Tempo**. Coimbra: Almedina, 2003.

GUIMARÃES, B. S. **O Exercício da Função Administrativa e o Direito Privado**. Tese (Doutorado em Direito do Estado) – Universidade de São Paulo. São Paulo, 2010.

GUIMARÃES, B. S.; RIBEIRO, L. C. O Diálogo entre a Lei das Estatais e a Lei nº 8.666/1993: 25 Anos Depois. **Revista Síntese Licitações, Contratos e Convênios**, v. 8, 2018, p. 9-20.

GUIMARÃES, F. V. Alocação de Riscos na PPP. In: JUSTEN FILHO, M.; SCHWIND, R. W. (Coord.). **Parcerias Público-Privadas: Reflexões sobre os 10 anos da Lei 11.079/2004**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015, p. 233-255.

_____. **Alteração Unilateral do Contrato Administrativo: Interpretação de Dispositivos da Lei nº 8.666/93**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. **Parceria Público-Privada**. 2ª Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

HART, O. **Firms, Contracts and Financial Structure**. Oxford: Oxford University Press Inc., 1995.

JUSTEN FILHO, M. A Contratação Sem Licitação nas Empresas Estatais. In: JUSTEN FILHO, M. (Org.). **Estatuto Jurídico das Empresas Estatais: Lei 13.303/2016**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016, p. 283-326.

_____. **Comentários à Lei de Licitações e Contratos Administrativos**. 16ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

_____. **Curso de Direito Administrativo**. 9ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

_____. Empresas Estatais e a Superação da Dicotomia “Prestação de Serviço Público/Exploração de Atividade Econômica”. In: FIGUEIREDO, M.; PONTES FILHO, V. (Org.). **Estudos de Direito Público em Homenagem a Celso Antônio Bandeira de Mello**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 403-423.

MARQUES NETO, F. P. de A. Do Contrato Administrativo à Administração Contratual. **Revista do Advogado**, Ano XXIX, n. 107. São Paulo: Associação dos

Advogados de São Paulo, 2009, p. 74-82.

_____. **Regulação Estatal e Interesses Públicos**. São Paulo: Malheiros, 2002

MARQUES NETO, F. P. de A.; PALMA, J. B. de. Licitação nas empresas estatais – os desafios do novo regime das licitações na Lei das Empresas Estatais (Lei nº 13.303/16). In: NORONHA, J. O. de; FRAZÃO, A.; MESQUITA, D. A. (Coord.). **Estatuto Jurídico das Estatais: Análise da Lei nº 13.303/2016**. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 245-270.

MEDAUAR, O. **Direito Administrativo Moderno**. 19ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

MELLO, C. A. B. de. **Curso de Direito Administrativo**. 32ª Ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

MOREIRA NETO, D. de F. O futuro das cláusulas exorbitantes nos contratos administrativos. In: ARAGÃO, A. S. de; MARQUES NETO, F. P. de A. (Coords.). **Direito Administrativo e seus Novos Paradigmas**. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 571-592.

MOREIRA NETO, D. de F.; SOUTO, M. J. V. Arbitragem em contratos firmados por empresas estatais. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 236, p. 215-262, abr. 2004.

MOREIRA, E. B. Autorizações e contratos de serviços públicos. **Revista de Direito Público da Economia - RDPE**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, jul./set. 2010, p. 57-69.

_____. Não me fale da Lei nº 8.666! **Gazeta do Povo**, Disponível em: <<https://bit.ly/2nNGNUq>>. Acesso em: 19 ago. 2018.

_____. Passado, presente e futuro da regulação econômica no Brasil. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 44, p. 87-118, out./dez. 2013.

NIEBUHR, J. de M.; NIEBUHR, P. de M. **Licitações e Contratos das Estatais**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.

PAIVA, A. de A. As sociedades de economia mista e as empresas públicas como instrumentos jurídicos a serviço do Estado. **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 60, p. 1-15, abr. 1960.

PEREZ, M. A. **O Risco no Contrato de Concessão de Serviço Público**. Belo Horizonte: Fórum, 2006.

RIBEIRO, M. C. P.; GALESKI JUNIOR, I. **Teoria Geral dos Contratos: Contratos empresariais e análise econômica**. 2ª Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

ROPPO, E. **O Contrato**. Coimbra: Almedina, 1988.

SCHIRATO, V. R. **A Livre Iniciativa nos Serviços Públicos**. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

_____. **As Empresas Estatais no Direito Administrativo Econômico Atual**. São Paulo: Saraiva, 2016.

_____. Contratos administrativos e contratos da Administração Pública: pertinência da diferenciação? **Revista de Contratos Públicos – RCP**, Belo Horizonte, ano 2, n. 2, p. 177-188, set. 2012/fev. 2013.

SCHWIND, R. W. **O Estado Acionista**: empresas estatais e empresas privadas com participação estatal. São Paulo: Almedina, 2017.

SILVA, L. A. da. Um estado empresário-regulador? Poder econômico, parcerias e competências regulatórias das empresas estatais. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 16, n. 61, p. 147-169, jan./mar. 2018.

SILVA, R. C. Z. da. A Captura das Estatais pelo Regime Jurídico de Direito Público: algumas reflexões. In: ARAGÃO, A. S. de (Coord.). **Empresas Públicas e Sociedades de Economia Mista**. Belo Horizonte: Fórum, 2015, p. 237-264.

SOUSA, G. C. e. Contratos: formalização, alteração, responsabilidade, subcontratação. In: NORONHA, João Otávio de; FRAZÃO, A.; MESQUITA, D. A. (Coord.). **Estatuto Jurídico das Estatais**: Análise da Lei nº 13.303/2016. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 301-324.

SUNDFELD, C. A. **Direito Administrativo Para Céticos**. São Paulo: Malheiros, 2014.

_____. **Licitação e Contrato Administrativo**: de acordo com as leis 8.666/93 e 8.883/94. São Paulo: Malheiros, 1994.

_____. CÂMARA, J. A. Uma crítica à tendência de uniformizar com princípios o regime dos contratos públicos. **Revista de Direito Público da Economia – RDPE**, Belo Horizonte, ano 11, n. 41, p. 57-72, jan./mar. 2013.

VASCONCELOS, P. P. de. **Contratos Atípicos**. Coimbra: Almedina, 1995.